

De la Publicité

élément constitutif de l'infraction

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le vendredi 12 avril 1935, à 14 heures

PAR

Louis FACQ

Avocat à la Cour d'appel de Nancy
Attaché au Parquet Général

MEMBRES DU JURY :

Président. . . .	MM. HENRY, professeur.
Assesseurs. . . .	SIMONNET, professeur.
	DURAND, agrégé.

NANCY

IMPRIMERIE GEORGES THOMAS

28, Rue de Solignac

1935

De la Publicité élément constitutif de l'infraction

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le vendredi 12 avril 1935, à 14 heures

PAR

Louis FACQ

*Avocat à la Cour d'appel de Nancy
Attaché au Parquet Général*

MEMBRES DU JURY :

Président . . .	MM. HENRY, professeur.
Assesseurs . . . }	SIMONNET, professeur.
	DURAND, agrégé.

NANCY

IMPRIMERIE GEORGES THOMAS

28, Rue de Solignac

1935

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen: M. SENN (*, ☞, ☞ I).

Doyens honoraires: MM. F. GÉNY (C *, ☞ I) MICHON (*, ☞ I).

Professeurs honoraires:

MM. MAY (*, ☞ I).

ROLLAND (☞ I).

MOREL (☞ I).

GÉNY (F.) (C *, ☞ I).

RENARD (☞ I).

Maître de conférences honoraire: M. MÉLIN (☞ I), docteur en droit.

MM. GÉNY (C *, ☞ I), professeur de Droit civil.

MICHON (*, ☞ I), professeur de Droit romain.

BROCARD (*, ☞ I), professeur d'Economie politique.

SENN (*, ☞, ☞ I), professeur de Droit romain.

HENRY (☞ I), professeur de Droit criminel.

KRÖELL (☞ I), professeur d'Histoire du Droit.

LALOUËL (☞ I), professeur de Droit international public.

LESCOT (☞ I), professeur de Droit commercial.

SIMONNET (☞ I), professeur de Droit civil.

VOIRIN (☞, ☞ A), professeur de Droit civil.

TROTABAS (☞), professeur de Droit administratif et de Législation financière.

PARISOT (☞ A), professeur de Droit civil.

DE MENTHON, professeur d'Economie politique.

DURAND, agrégé de Droit privé.

MARCHAL, agrégé d'Economie politique.

TEITGEN, agrégé de Droit public.

GROS, docteur en droit, chargé de cours de Droit public.

WATRIN, docteur en droit, chargé d'enseignement.

BERTRAND (☞ I), secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions particulières du candidat.



A MES PARENTS

A MES AMIS

A mon Président de Thèse

M. LE PROFESSEUR HENRY

INTRODUCTION

La notion de publicité est étroitement liée à la vie de l'homme en société. Elle intervient dans les manifestations essentielles de son activité sociale, à tel point qu'on peut parler d'une vie publique des individus.

Ce rôle prépondérant de la publicité dans la vie sociale se retrouve, avec non moins d'importance, en un de ses principaux aspects : la vie juridique.

Les rapports juridiques entre individus, ce que chacun doit aux autres, comme ce qu'il peut exiger d'eux, sont bien souvent fonction d'un acte ou d'une pensée rendus publics. Par cette publication, l'homme se crée tantôt des obligations, tantôt des droits.

Le droit ou l'obligation est la sanction d'une publicité prescrite ou réprouvée par la loi. Ainsi un droit de propriété opposable à tous sanctionne la publicité exigée par la loi civile en matière d'aliénations immobilières. De même la publicité d'un outrage à la pudeur, incriminée par la loi pénale, oblige son auteur à une réparation qui se traduit par une peine.

La notion de publicité est fréquemment mise en jeu par la législation. On la rencontre en droit privé, où elle s'oppose à la notion de clandestinité. C'est tout d'abord la publicité des actes de l'Etat Civil, qui intéresse l'existence

même de l'individu, de la naissance à la mort. C'est encore la publicité obligatoire de certains contrats, aliénations immobilières, hypothèque, contrat de mariage. Le droit commercial fait appel à la même notion, lorsqu'il soumet les sociétés commerciales à des formalités de publicité, tant pour leur constitution, que pour leur fonctionnement ou leur dissolution. Les lois de procédure, enfin, exigent parfois une publication spéciale des jugements.

Le rôle de la publicité n'est pas moindre en droit pénal où cet élément peut être envisagé aux différents points de vue de l'infraction, de la procédure et de la peine. D'une manière générale, la publicité est sans influence sur le délit. Elle en a quelque fois sur la poursuite. Ainsi la loi prévoit une procédure spéciale en cas de délit flagrant. Certes la notion de flagrance est indépendante de la notion de publicité. Mais la publicité sera parfois la circonstance caractéristique du flagrant délit et justifiera l'application des règles de procédure qui lui sont particulières. On ne doit pas non plus méconnaître le rôle de la publicité au point de vue de la peine. Tantôt, en effet, elle constitue un accessoire de la pénalité; c'est le cas de toutes les condamnations pénales qui sont prononcées en audience publique et que la presse a la faculté de reproduire. Tantôt la publicité est, au sens propre, une véritable peine morale, réalisée par l'affichage et l'insertion dans les journaux de certains jugements ou arrêts de condamnation.

Mais c'est particulièrement dans ses rapports avec l'infraction que la publicité nous intéresse. Nous avons déjà observé, de ce côté, qu'elle n'était pas en soi un élément d'infraction. Cependant on a pu la prendre en considération

comme caractérisant le trouble social que la loi réprime dans toute infraction, et dont l'étendue, pour certains délits, se déterminera en fonction de la publicité.

On conçoit, en effet, que l'individu ne puisse publier librement tous ses actes et toutes ses pensées. Si la publicité est utile quand elle permet de faire valoir un droit, elle est susceptible de nuire à d'autres points de vue. L'acquéreur d'un immeuble, qui transcrit son titre, a droit à ce qu'on respecte sa propriété. Mais l'individu qui s'exhibe en une attitude indécente blesse les sentiments de pudeur d'autrui et devient responsable du préjudice social par lui causé.

La publicité en droit pénal peut se présenter sous deux aspects différents : ou bien elle constitue en soi l'infraction ou bien elle n'en est qu'un élément constitutif. Dans la première situation c'est le fait même de publier qui est incriminé par la loi : la publicité *est* le délit. Dans l'autre cas la publicité n'intervient que pour donner à un fait particulier le caractère délictueux : la publicité *fait* le délit. Autrement dit, la loi réprime tantôt l'acte même de publication, tantôt un acte quelconque en raison de la publicité dont il s'accompagne.

Ainsi le fait de publier un ouvrage dont on n'a pas la propriété littéraire est un délit. De même il est interdit par les lois de presse de rendre compte de certains procès et de publier tous actes de procédure criminelle ou correctionnelle. Mais l'auteur de la publication défendue ne peut se voir reprocher qu'un seul acte : la publication de l'ouvrage ou de la procédure. Et c'est en cela que réside l'infraction.

Il existe, par contre, dans un outrage public à la pudeur ou une injure réputée publique, deux éléments bien dis-

tincts : d'une part, un acte matériel impudique ou un propos injurieux ; d'autre part, une certaine publicité donnée à cet acte ou à ce propos.

La loi n'y voit un délit qu'en considération de leur publicité ; mais on peut concevoir qu'elle en admette l'incrimination indépendamment de cette circonstance. L'Ancien Droit, par exemple, réprimait une quantité de faits d'impureté par cela seul qu'ils étaient contraires à la morale. Et la loi moderne elle même considère l'injure non publique comme une simple contravention.

Aujourd'hui l'outrage à la pudeur n'est punissable qu'à la condition d'être commis publiquement. L'injure, en raison de sa publicité, devient passible de peines correctionnelles. Dans ces hypothèses, la notion de publicité est un élément constitutif du délit.

C'est sous ce dernier aspect que son rôle en droit pénal apparaît comme le plus important. C'est pourquoi nous en ferons l'objet de notre étude.

Deux problèmes se posent au sujet de toute infraction dont la publicité est un élément constitutif : comment reconnaître le caractère public du fait incriminé ? comment prouver cette publicité ?

Il n'existe pas, en droit positif français, de système uniforme auquel il soit toujours possible de se référer pour résoudre ces questions.

Le législateur n'a jamais songé à construire une théorie générale de la publicité, élément constitutif d'infraction. Il ne semble pas, dans les diverses incriminations où il a introduit cet élément avoir obéi aux mêmes préoccupations. Au reste, il s'est parfois servi de formules assez différentes.

Les rapprochements tentés, sur certains points, par les arrêts sont le plus souvent contraires à l'esprit de la loi, tel qu'il est permis de l'interpréter. On est loin, d'ailleurs, d'un véritable essai de synthèse, auquel il n'appartient pas à la jurisprudence de procéder, en l'absence de directives formelles données par le législateur.

Il y aurait donc autant de sortes de publicité que d'infractions où cet élément intervient. Cependant la publicité, dans la constitution des infractions pénales, se présente moins avec un caractère de multiplicité que sous l'aspect d'une notion complexe.

Il est possible, en effet, sinon d'en poser *a priori* une théorie d'ensemble, tout au moins de dégager les caractères généraux de la publicité, tant au point de vue de sa notion même qu'à celui de sa preuve.

Une première observation s'impose : la publicité des faits qui relèvent de la loi pénale n'est pas absolument la même que la publicité requise en certaines matières du droit privé. L'une et l'autre répondent à des buts différents.

Il est des actes dont les tiers ne peuvent invoquer l'ignorance à l'encontre de leur auteur, sans qu'il en résulte pour celui-ci ou pour eux-mêmes un préjudice déterminé. Ainsi ceux qui traitent avec un commerçant ont intérêt, s'il est marié, à connaître son régime matrimonial, en fonction duquel l'étendue de leur gage peut varier considérablement. A l'inverse, le commerçant qui a publié son régime matrimonial peut, en ce qu'il lui est favorable, l'opposer aux tiers avec lesquels il a contracté. Dans cette hypothèse, la publicité est donc une sauvegarde à la fois pour les droits de celui qui publie et pour ceux des personnes intéressées à la publication.

Mais il est impossible à la loi de réaliser cette publicité autrement que par des formalités plus ou moins efficaces, telles, par exemple, que l'affichage dans les prétoires de justice.

La loi civile, en effet, ne peut contraindre les particuliers à prendre connaissance des actes d'autrui. Elle se contente donc d'une publicité artificielle. Elle essaie toutefois de lui donner le plus d'efficacité possible par le seul moyen dont elle dispose, c'est-à-dire en la subordonnant à l'accomplissement de formalités déterminées.

Ces formalités, d'ailleurs, ont une autre utilité; car il ne suffit pas de publier, il faut pouvoir, le cas échéant, prouver la publicité qu'on invoque. Or l'exact accomplissement des formalités prescrites par la loi, qui n'exige rien de plus, facilite singulièrement cette preuve.

Artificielle et soumise à un formalisme étroit, telle est en ses caractères essentiels, la publicité du droit privé.

La loi pénale envisage cette notion dans un esprit différent. Il ne s'agit pas de prescrire aux particuliers une publicité utile à la sauvegarde de leurs droits, mais d'interdire une publicité préjudiciable à l'ordre social.

Or, si la loi se révèle impuissante, lorsqu'il s'agit d'imposer aux individus une publicité réelle, elle a toujours la faculté d'empêcher la publication de leurs actes ou de leurs pensées, quand elle est de nature à nuire à la société. La loi pénale peut donc envisager une publicité qui ne soit pas simplement dans les formes, mais aussi dans les faits. On conçoit mal au surplus qu'une publicité purement artificielle puisse être préjudiciable à l'ordre social, encore qu'on ait en vue un préjudice éventuel.

Les caractères propres de l'élément de publicité dans la constitution des infractions pénales se rattachent à sa notion et à sa preuve.

La notion de publicité se forme par la double intervention du législateur et de l'interprète.

Le rôle du législateur est évidemment primordial, puisqu'il lui appartient de fixer les éléments constitutifs de toute infraction. Préoccupé d'atteindre en chacun des faits qu'il incrimine, la seule publicité qui soit susceptible de lui imprimer le caractère délictueux, il ne formule pas toujours l'existence de cet élément d'une manière identique. On remarque à ce point de vue qu'il envisage tantôt une publicité déterminée, tantôt une publicité indéterminée. Ainsi, pour la plupart des délits réprimés par la loi sur la presse, la publicité qui en conditionne l'incrimination ne peut être réalisée que par la mise en œuvre de moyens limitativement énumérés. La même loi, par ailleurs, incrimine d'autres faits en raison d'une publicité quelconque, énoncée en termes absolus.

Le législateur enfin ne s'attache pas toujours à la publicité du délit lui-même, mais parfois uniquement à la publicité du lieu où il est commis. S'il punit, par exemple, l'outrage public à la pudeur, il ne réprime l'ivresse que si elle est manifestée dans des lieux publics.

Publicité déterminée ou indéterminée, délits commis publiquement ou commis dans un lieu public, telles sont les données de la loi, sur lesquelles va travailler l'interprète.

La tâche de ce dernier n'est pas la moins délicate. Il lui incombe, en effet, de rechercher l'intention présumée du

législateur et de se demander si la notion de publicité doit être appréciée *en droit* ou *en fait*.

La publicité de droit est celle qui obéit à des règles précises, d'interprétation stricte et qu'on trouve consacrées soit par la loi elle-même, soit par une autre loi à laquelle il convient de se référer. Les conditions légales de cette publicité s'imposent au juge à un double point de vue. D'une part, il ne peut considérer la publicité comme établie en dehors de ces conditions. D'autre part, il est tenu de la reconnaître toutes les fois que celles-ci se trouvent remplies.

Il se peut au contraire que la publicité doive s'apprécier uniquement en fait. Le juge n'est plus alors astreint qu'à une seule obligation : déclarer explicitement les circonstances de fait dans lesquelles il croit trouver des éléments suffisants de publicité.

Lorsque la loi de presse incrimine la vente, la mise en vente et la distribution d'écrits ou imprimés, elle entend viser la seule publicité de droit réalisable par ces moyens. Mais elle aurait pu atteindre une publicité de fait résultant de la simple communication au public des écrits ou imprimés, sous quelque forme que ce soit.

Il faut observer d'ailleurs que la distinction entre la publicité de droit et de fait ne se confond pas avec celle de la publicité déterminée et indéterminée. La publicité peut être indéterminée et s'apprécier en droit. C'est notamment la question qui s'est posée à propos des délits de presse incriminés à raison d'une publicité quelconque. De même une publicité déterminée est susceptible d'une appréciation de fait. Ainsi, lorsque la loi détermine la publicité d'un délit par celle du lieu où il est commis, on doit se demander si

la nature publique de ce lieu résulte de sa condition juridique ou de simples circonstances de fait.

L'interprète a donc un pouvoir propre dans l'élaboration de la notion de publicité. Il est même certain, sans pour cela méconnaître l'importance du rôle dévolu au législateur, que l'intérêt principal du problème réside dans le caractère de droit ou de fait de cette notion.

Mais l'élément de publicité soulève encore une question, relative à sa preuve. Il y a lieu de distinguer, à ce sujet, selon qu'il est nécessaire d'établir une *publicité effective* ou qu'il est possible d'admettre certaines *présomptions de publicité*.

La publicité effective est celle du fait qui a été réellement porté à la connaissance du public. C'est, par exemple, le cas d'un outrage à la pudeur accompli devant témoins. Par contre, il n'existe qu'une présomption de publicité en ce que le fait a été seulement offert à la connaissance du public, tel un écrit diffamatoire exposé dans un lieu où des tiers peuvent librement accéder.

Le double aspect de la publicité, appréciée en droit ou en fait quant à sa notion, effective ou présumée quant à sa preuve, résume les caractères essentiels de cet élément dans la constitution des infractions pénales. Les distinctions portant à la fois sur la notion et sur la preuve de la publicité n'ont pas échappé à la jurisprudence et on les trouve consacrées, sinon en termes formels, du moins pratiquement, par les arrêts. Ceux-ci néanmoins n'ont pas toujours su en faire une exacte application, ni en déduire toutes les conséquences logiques.

Examinant, en premier lieu, la notion de publicité, nous verrons ce qu'elle est dans la législation et comment la jurisprudence l'a comprise. Il nous restera, dans une seconde partie de cette étude, à envisager la preuve de la publicité.

Nous serons mieux à même, en ce faisant, d'apprécier la légitimité des solutions positives données à notre problème, depuis l'élaboration des textes qui s'y rapportent actuellement. Il nous semble tout à fait inutile d'envisager les difficultés qu'il a pu soulever dans un passé plus lointain. L'étude historique de la question n'apporterait aucun élément susceptible d'y jeter quelque lumière. Un problème de la publicité a bien été agité en droit romain, avec l'importante distinction des *delicta publica* et des *delicta privata*. Mais il n'a pas le moindre rapport avec celui qui nous occupe. En dehors de cette hypothèse, où la publicité a été appelée à jouer le rôle capital de critère, le droit ancien ne paraît pas avoir vu d'autre théorie d'ensemble sur la question.

PREMIÈRE PARTIE

NOTION DE PUBLICITE

La publicité, dans les diverses infractions qu'elle contribue à incriminer, se rattache, avons-nous dit, tantôt à une notion de droit, tantôt à une notion de fait. Le type de la publicité de droit se trouve consacré dans les articles 23 et 28 de la loi du 29 juillet 1881 réglementant la liberté de la presse. C'est au contraire une publicité essentiellement de fait que l'article 330 du Code pénal envisage, en réprimant l'outrage public à la pudeur.

Il paraît logique d'étudier en premier lieu la publicité la moins sujette aux divergences d'interprétation, c'est-à-dire la publicité de droit. Il est également avantageux, pour l'étude de la publicité de fait, dont les éléments sont susceptibles d'une variété plus grande, de posséder quelques données précises empruntées à la notion de droit.

Enfin, connaissant les caractères essentiels des deux types de notion, nous pourrons en faire état dans l'examen de plusieurs hypothèses secondaires d'infractions où se rencontre l'élément de publicité.

CHAPITRE PREMIER

LA PUBLICITE DE DROIT

D'APRES LES ARTICLES 23 ET 28

DE LA LOI DU 29 JUILLET 1881

L'individu peut se rendre coupable envers la société aussi bien par ses pensées que par ses actes. Mais la pensée doit demeurer étrangère aux prévisions de la loi tant qu'elle n'est pas publiée. C'est seulement, en effet, dans la mesure de sa publication qu'il est possible de lui attribuer une capacité effective de nuire, justifiant l'intervention du législateur. Aussi la publicité est-elle un élément essentiel des infractions commises par la parole ou l'écriture, que l'on qualifie plus souvent délits de presse ; car la loi du 29 juillet 1881, qui en est le code, a pour objet principal la réglementation de la presse, instrument d'une efficacité redoutable dans la diffusion des opinions.

Cette loi, complétée et modifiée par plusieurs textes ultérieurs, envisage, en principe, une publicité de droit, qu'elle formule dans ses articles 23 et 28. L'article 23 vise la publicité donnée à la pensée « soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, des imprimés vendus ou distribués, mis en vente

ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou affiches, exposés au regard du public. » L'article 28 attribue encore l'aptitude à réaliser la publicité « à la mise en vente, à la distribution ou à l'exposition de dessins, gravures, peintures, emblèmes ou images obscènes. »

A l'article 23 seul se réfèrent :

1° la complicité par provocation directe aux crimes et délits ;

2° la provocation directe au vol, aux crimes de meurtre, pillage et incendie, aux crimes punis par l'article 435 du Code pénal et aux crimes et délits contre la sûreté extérieure ou intérieure de l'Etat ;

3° l'apologie des crimes de meurtre, pillage, incendie ou vol et des crimes prévus par l'article 435 du Code pénal ;

4° la provocation adressée à des militaires dans le but de les détourner de leurs devoirs ;

5° l'offense au Président de la République ;

Les articles 23 et 28 s'appliquent ensemble pour les infractions suivantes :

1° l'outrage aux bonnes mœurs ;

2° la diffamation envers les corps constitués, les fonctionnaires publics, les citoyens chargés d'un service ou d'un mandat public et les particuliers ;

3° l'injure envers les mêmes corps ou personnes ;

4° la diffamation ou l'injure dirigées contre la mémoire des morts.

Tels sont les délits dont l'élément de publicité doit répondre aux conditions déterminées par les articles 23 ou 28 de la loi du 29 juillet 1881. Mais la publicité prévue par l'article 23 est restreinte à la profération dans des lieux

ou réunions publics en ce qui concerne « les cris et chants séditieux » (article 24, aliéna 4). Par contre, en matière d'outrage aux bonnes mœurs, la loi du 2 août 1882, modifiée par les lois du 16 mars 1898 et du 7 avril 1908, a étendu la notion de publicité de l'article 28. Elle ajoute, d'une part, aux moyens d'opérer la publication, l'objet obscène ou contraire aux bonnes mœurs; d'autre part, aux modes de réalisation de la publicité, l'offre, qui ne se confond pas nécessairement avec la mise en vente, la distribution à domicile et la remise sous bande ou sous enveloppe non fermée à la poste ou à tout agent de distribution ou de transport. Sont en outre incriminés par la loi les chants proférés publiquement et les annonces ou correspondances publiques, contraires aux bonnes mœurs. (1)

Quant aux délits de fausses nouvelles, offense aux chefs d'Etats étrangers et outrage envers les agents diplomatiques étrangers, il suffit qu'ils aient reçu une publicité de fait, qu'il est inopportun d'étudier ici.

Sous les réserves faites pour les cris et chants séditieux et pour l'outrage aux bonnes mœurs, c'est la publicité des articles 23 et 28 qui constitue, par excellence, la publicité des délits de presse. Nous verrons, en l'examinant, le type de la publicité de droit.

Publier sa pensée c'est tout d'abord l'extérioriser par un moyen propre à en avertir les sens d'autrui; c'est ensuite la porter à sa connaissance avec plus ou moins d'efficacité ou de développement. Les articles 23 et 28 de la loi sur la presse, en déterminant la publicité de certaines infrac-

(1) Voir également la loi du 31 juillet 1920, réprimant la propagande anticonceptionnelle.

tions, visent tout à la fois les *moyens* d'opérer la publication et les *modes* selon lesquels elle doit se réaliser. C'est à ces deux points de vue qu'il y a lieu d'étudier la notion de publicité.

Section I

Moyens de publication

En communiquant sa pensée à autrui, l'homme peut s'adresser à son sens auditif par la *parole* ou à ses regards par *l'écrit*. Tels sont en effet les moyens généraux grâce auxquels la pensée est susceptible de s'extérioriser. Mais la loi précise ce qu'elle entend par parole et par écrit et ce qu'il convient d'y assimiler.

L'article 23 énumère comme moyens de publier sa pensée par la parole les « discours, cris ou menaces. »

Le terme discours désigne tout propos que l'on tient en conversation pour exprimer une idée, formuler un jugement ou développer un raisonnement. C'est la parole articulée, depuis le simple mot jusqu'à l'exposé oratoire.

Le cri est au contraire l'émission de voix inarticulée, produite par la colère ou la surexcitation.

La menace, enfin, n'est pas un procédé d'émission orale s'ajoutant aux précédents. C'est, contenue dans un discours ou dans un cri, l'annonce à autrui du mal qu'on veut lui faire. La menace écrite appartient à la catégorie suivante de moyens de publication. Quant à la menace par simples gestes, elle n'est pas visée par la loi de 1881.

Il y a lieu de rattacher à l'écriture, autre moyen général permettant de publier sa pensée, non seulement le dessin et la peinture, mais encore la sculpture. Dans cette caté-

gorie de moyens, en effet, l'article 23, d'une part, comprend les écrits, imprimés, placards ou affiches; l'article 28, d'autre part, énumère les dessins, gravures, peintures, emblèmes et images.

L'article 23 envisage aussi bien les écrits rédigés à la main que ceux reproduits à l'aide de l'imprimerie. Les placards ou affiches ne sont que des variétés d'écrits ou d'imprimés. Il n'existe pas de différence réelle entre le placard et l'affiche, sinon que le placard désigne peut-être plus spécialement l'écriteau mobile.

Selon l'article 28, la pensée est encore susceptible de se traduire par la représentation d'objets ou de figures. Ce peut être sous la forme de dessins, gravures, peintures ou images, expressions générales correspondant aux nombreux procédés de la production artistique, dans lesquels il ne faut pas omettre la photographie et ses applications. L'emblème, enfin, représentation d'une figure allégorique ou symbolique, doit être entendu dans un sens général. Peint ou dessiné ce n'est qu'une espèce particulière de l'énumération précédente. Mais la loi vise encore la représentation en relief, par la sculpture ou le modelage.

Section II

Modes de publication

Il ne suffit pas que la pensée, quittant le domaine de l'esprit qui l'a conçue, se traduise en une émission orale ou une création matérielle. Il lui faut être portée à la connaissance du public. Et la loi exige que cette publication se réalise selon des modes déterminés.

Ainsi l'article 23 incrimine seulement les discours, cris ou menaces proférés dans les lieux ou réunions publics, les écrits ou imprimés vendus, distribués ou mis en vente, ou exposés dans des lieux ou réunions publics, et les placards ou affiches exposés aux regards du public.

L'article 28 n'envisage que la mise en vente, la distribution ou l'exposition des dessins, gravures, peintures, emblèmes ou images.

Il ressort de ces textes que les modes de publication de la pensée sont de deux sortes. Il y a ceux, comme la profération de discours, cris ou menaces, et l'exposition d'écrits, imprimés, placards, affiches, dessins, gravures, peintures, emblèmes ou images, qui ne deviennent opérants qu'à la condition de se réaliser dans des lieux ou réunions publics. Il en existe d'autres, comme la vente, la distribution ou la mise en vente, qui opèrent la publicité par eux-mêmes et sans le secours de circonstances complémentaires.

Nous étudierons successivement ces deux catégories de modes.

§ I^{er}. — PROFÉRATION ET EXPOSITION DANS LES LIEUX OU RÉUNIONS PUBLICS

Il convient d'examiner séparément : d'une part le fait de publier par profération ou exposition; d'autre part, l'indispensable circonstance de cette publication, c'est-à-dire son accomplissement dans des lieux ou réunions publics.

A. — *Profération et exposition*

Les propos incriminés sous la dénomination de discours, cris ou menaces, doivent avoir été *proférés* et non pas sim-

plement tenus. La différence entre les deux expressions a été relevée lorsque fut voté l'article 1^{er} de la loi du 17 mai 1819, dont notre article 23 est la copie presque intégrale. Un amendement substitua précisément à l'expression « tenus » employée dans le texte du projet, celle de « proférés ». Comme le faisait alors remarquer l'auteur de cet amendement, la loi ne prétend pas atteindre les conversations à voix basse ou en forme de confidences (2). La profération comporte une idée de publicité caractérisée, qui évite toute interprétation erronée de la loi.

Il y a là une condition essentielle de la publication par discours, cris ou menaces. Les propos doivent avoir été proférés, c'est-à-dire prononcés à haute voix, en sorte que les assistants, et non pas seulement les interlocuteurs, auraient pu les entendre. Peu importe, d'ailleurs, le mode de profération, qu'il s'agisse de paroles improvisées, récitées ou lues, qu'elles aient été simplement prononcées tout haut, déclamées ou chantées.

En ce qui concerne la publication par l'écriture ou les procédés similaires, la loi prévoit, parmi les différentes manières de la réaliser, *l'exposition* dans les lieux ou réunions publics.

L'écrit ne doit être considéré comme exposé que s'il est placé en évidence, de façon à pouvoir être vu de personnes fréquentant le lieu ou la réunion. Il ne suffirait donc pas de mentionner qu'il y a été déposé, car le dépôt n'implique pas nécessairement une exhibition.

(2) *Moniteur* du 15 avril 1819.

B. — *Lieux et réunions publics*

La publicité donnée à une parole par la profération ou à un écrit par l'exposition n'est admise légalement qu'à la condition d'être réalisée dans des lieux ou réunions publics. La loi fait ainsi une distinction entre la publicité du délit inhérente au caractère du lieu où il est commis et celle qui tient à la présence d'un public au moment de son accomplissement. Le lieu n'engendre la publicité de l'acte délictueux que dans la mesure où il est lui-même public. Et la présence d'un public est sans influence sur la publicité du délit, si elle ne se manifeste pas sous la forme déterminée d'une réunion publique. « C'est à dessein, écrivait DE GRATTIER, que la loi a dit « lieux ou réunions publics » ; car un lieu peut « être public sans qu'il y ait une réunion publique et réciproquement une réunion peut être publique hors d'un lieu public. » (3).

Il convient donc d'examiner quelles conditions doit remplir chacun de ces deux éléments, lieux et réunions publics, pour être efficace au regard de la loi.

Mais nous croyons utile, au préalable, de répondre à une objection que le texte législatif pourrait en apparence autoriser. Les articles 23 et 28 semblent faire de la simple exposition aux regards du public — l'un pour les placards et affiches, l'autre pour les dessins, gravures, peintures, emblèmes ou images — un mode particulier de publicité, distinct de l'exposition dans les lieux ou réunions publics.

C'est ce qu'admettait notamment M. FABREGUETTES, lorsqu'il écrivait, à propos des placards et affiches : « Il

(3) DE GRATTIER, *Commentaire des lois sur la presse*, t. I, p. 119.

faut bien remarquer les termes dont s'est servi le législateur « exposé aux regards du public. » Il n'est plus question ici d'exposition dans des lieux ou réunions publics; il suffit d'exposer à la vue du public. Ainsi dans les lieux non publics, un placard ou affiche tombent sous le coup de la loi par cela seul qu'ils seront placés sous ou devant les yeux du public. Le législateur s'est montré ici moins sévère sur la condition de publicité. » (4).

Cette distinction ne paraît pas fondée. Il n'existe pas légalement de différence réelle entre un écrit exposé aux regards du public et un écrit exposé dans un lieu public. On objecte que, si l'exposition dans un lieu public implique bien exposition aux regards du public, celle-ci, à l'inverse, ne suppose pas nécessairement celle-là. Ce serait au contraire, dans l'intention de la loi, une notion plus large de publicité.

Mais il semble que l'article 23, en ajoutant en fin d'énumération les « placards ou affiches exposés aux regards du public » n'a pas pour but de faire à cette catégorie d'écrits une situation spéciale au point de vue de la publicité. Il énumère plutôt, en particulier, des écrits qui ne peuvent être publiés que par exposition.

N'ayant pas à tenir compte, au sujet des placards ou affiches, des procédés de vente, mise en vente ou distribution applicables aux autres écrits ou imprimés, la loi envisage seulement leur exposition. Mais elle rappelle que cette exposition, comme celle de tout écrit, doit avoir été réalisée dans des lieux ou réunions publics. Elle emploie donc l'ex-

(4) FABREGUETTES, *Traité des délits politiques et des infractions par la parole, l'écriture et la presse*, t. I, p. 212.

pression « exposés aux regards du public », désignant simplement la circonstance par son résultat, c'est-à-dire la manière d'être de l'écrit quand on l'expose dans un lieu ou une réunion publics.

C'est ce que fait l'article 28 avec plus de netteté encore. Après avoir incriminé l'outrage aux bonnes mœurs par les divers procédés de l'article 23, il y assimile la mise en vente, la distribution et l'exposition de dessins, gravures, peintures, emblèmes ou images. Sans vouloir changer les modes de la publication, il en augmente le nombre des moyens. Il ordonne en outre la saisie des exemplaires « exposés aux regards du public, mis en vente, colportés ou distribués. » Or chacun de ces qualificatifs correspond à un mode de publication. Ainsi l'exposition dans les lieux ou réunions publics a donné l'expression « exposés aux regards du public. »

L'exposition aux regards du public n'est donc pas un mode de publicité particulier aux placards ou affiches, pas plus qu'aux dessins, gravures, peintures, emblèmes ou images. (5). Toutefois, l'expression dont se sert la loi peut être retenue comme une utile indication sur la façon convenable d'interpréter la notion de lieu public, qu'il importe de préciser maintenant.

Lieux publics. — Que faut-il entendre par lieux publics ? Il est indispensable de savoir reconnaître, dans chaque espèce où la question se pose, le caractère public du lieu. Il ne s'agit pas, en effet, de se demander si l'écrit a été ou

(5) en ce sens LE POITTEVIN, *Traité de la presse*, t. I, N° 533, p. 588 ; et BARBIER, *Code expliqué de la presse*, t. I, N° 262, p. 253.

pouvait être vu, ou le propos entendu; car la loi n'envisage pas une publicité de fait, mais une publicité de droit, dont elle subordonne la réalisation à des règles précises. Lorsqu'elle incrimine notamment la profération ou l'exposition dans des lieux publics, il est nécessaire d'établir exactement la publicité même du lieu, d'où la loi fait dépendre la publicité du délit.

CHASSAN définit les lieux publics, ceux qui sont ouverts ou accessibles à tout le monde, soit gratuitement, soit moyennant rétribution ou sous certaines conditions d'admissibilité. Et il distingue trois classes de lieux publics, suivant qu'ils le sont par leur nature, par leur destination ou par accident (6). C'est également la classification adoptée par la jurisprudence et la plupart des auteurs (7). Celle de GRELLET-DUMAZEAU en diffère quelque peu. « Un lieu, selon lui, est public par sa nature ou par sa destination; il est public d'une manière absolue ou d'une manière relative. » (8).

La classification tripartite des lieux publics, si séduisante qu'elle puisse paraître, n'en est pas moins discutable. Elle repose, en effet, sur une distinction dont la base est assez fragile.

Il est possible, tout d'abord, d'en éliminer les lieux publics par accident, auxquels il n'y a pas lieu d'attribuer en propre un caractère de publicité, puisqu'ils ne tiennent

(6) *Op. cit.*, t. I, p. 47.

(7) CHASSAN, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. I, N° 18 ter, p. 47; FABREGUETTES, *op. cit.*, t. I, N° 54, p. 204; LE POITTEVIN, *op. cit.*, t. I, N° 512, p. 550; BARBIER, *op. cit.*, t. I, N° 250, p. 230, et Cass. Cr. 4 mai 1883, D. 83. 1. 482.

(8) *Op. cit.*, t. I, N° 134, p. 102.

ce caractère que de la présence plus ou moins accidentelle d'un public. La publicité soi-disant accidentelle du lieu se confond, en réalité, avec le caractère public de la réunion même qui s'y trouve. Il ne faut donc pas y voir autre chose qu'une hypothèse de réunion publique.

Quant à la distinction des lieux selon que leur publicité est inhérente à leur nature ou résulte de leur destination, elle est assez spacieuse. Au fond, la destination du lieu est le véritable critérium de sa publicité. Ce qui fait le caractère public d'une rue, aussi bien que d'une salle de spectacle, n'est-ce pas toujours et uniquement la destination de ces lieux à l'accès ou à la circulation de tout le monde?

Il vaut mieux considérer la destination du lieu que la possibilité pour le public d'y accéder librement. Car un lieu peut être accessible à tout le monde, sans être destiné au public. C'est le cas de tous les lieux non clos, tels les champs ou les bois. Ces lieux, qu'on peut à la rigueur considérer comme publics par leur nature, ne rentrent pas cependant, de toute évidence, dans les prévisions de la loi.

Le lieu est-il destiné ou non au public? L'est-il en permanence ou par intervalles? D'une manière absolue ou relative? Tels sont en réalité les termes du problème.

Si tous les lieux publics prennent ce caractère à raison de leur destination, il convient, en effet, de relever entre eux de notables différences. Certains jouissent par leur destination d'une publicité permanente et absolue. D'autres ne sont destinés au public que par intervalles et d'une façon relative.

La publicité des rues, places, promenades ou chemins publics, est *permanente et absolue*. Elle est permanente,

c'est-à-dire, en principe, ininterrompue : les lieux dont s'agit sont publics en tous temps, la nuit comme le jour. Cette publicité est également absolue, c'est-à-dire sans réserve : l'accès du lieu est ouvert à tout le monde, sans aucune condition d'admissibilité.

De tels lieux étant à l'usage de tous et tenant leur publicité de leur essence même, on les a qualifiés de lieux publics par nature. Cette expression, sans être inexacte, peut prêter à des erreurs. Ainsi, ne doivent pas être considérés comme des lieux publics par leur nature « les chemins même librement ouverts qui traversent les héritages et, à plus forte raison, les chemins exclusivement destinés à l'exploitation des fonds ruraux » (LE POITTEVIN) (9).

Il arrive au surplus que des lieux prétendus publics par nature perdent parfois ce caractère, soit que le public n'en eût pas continuellement l'accès, soit qu'il n'y fût admis que sous condition. Il en est ainsi, par exemple, des promenades publiques qui demeurent fermées à certaines heures, ou pour lesquelles il est perçu un droit d'entrée. C'est encore le cas des routes ou chemins publics où l'on ne peut circuler qu'en acquittant un péage. Ces lieux sont bien destinés au public, mais ils ne rentrent pas dans la catégorie de ceux dont la destination est permanente et absolue.

Les lieux qui ne bénéficient du caractère public que *par intervalles et d'une manière relative* ne sont autres que les lieux, dits publics par destination, de la jurisprudence et des auteurs. Leur publicité est intermittente en ce qu'ils ne sont pas continuellement ouverts au public. Elle est

(9) *Op. cit.*, t. I, N° 514, p. 551.

relative du fait que le public y accède dans un but déterminé ou n'y est admis qu'à certaines conditions.

Cette publicité est limitée à la fois dans le temps et dans l'espace. Elle peut se produire, à des heures déterminées, chaque jour ou à des jours fixés. Elle dure pendant toute la période, plus ou moins longue, qui s'écoule du moment de l'ouverture du lieu jusqu'à celui de sa fermeture. En outre, elle ne concerne que les parties du lieu rendues, par sa destination particulière, accessibles au public.

Les circonstances qui situent la publicité du lieu dans le temps et dans l'espace, de même que les conditions qui en déterminent la destination au public, varient suivant les lieux considérés. Nous n'examinerons pas ici ces différents lieux, dont une énumération limitative serait forcément incomplète. Il nous suffira de quelques exemples.

Ainsi, les salles de spectacle sont des lieux publics pendant la durée des représentations et le temps plus ou moins long, qui les précède ou qui les suit, au cours duquel le public a la possibilité d'y circuler, soit pour prendre place, soit pour gagner la sortie. Cependant il ne semble pas qu'une diffamation proférée dans les coulisses d'un théâtre l'ait été dans un lieu public (10).

Une église est un lieu public à l'heure où les portes en sont ouvertes. Mais il est difficile d'admettre la publicité d'une sacristie, qui n'est pas destinée au public, encore qu'elle lui fût librement accessible (11).

La publicité d'un propos diffamatoire résulterait suffisamment de sa profération dans la salle à manger d'un

(10) Tribunal St-Etienne, 22 décembre 1892, S. 93. 2. 136.

(11) Cr. 2 août 1816, *Bull. cr.* N° 51.

hôtel, ou dans la salle à consommer d'un débit de boissons. Par contre, il ne faudrait pas assimiler à ces lieux les dépendances qui sont exclusivement réservées au service de l'établissement (12).

De même, une diffamation est nécessairement publique lorsqu'elle est commise dans les salles d'audience ou des pas-perdus d'un palais de justice. Mais elle perd ce caractère quand elle se produit dans des pièces telles que les chambres du conseil ou les salles réservées aux avocats (13).

Il importe d'ailleurs de remarquer, à propos des quelques espèces qui viennent d'être envisagées, que, dans l'hypothèse où la publicité du délit ne peut être rattachée à la publicité du lieu, elle est encore susceptible de se réaliser par la présence d'un public, dans la mesure où il est permis d'y voir une réunion.

Cette considération sur l'influence propre du lieu, indifférente à la présence réelle d'un public, nous conduit à dire, sachant ce qu'on entend par lieu public, quels sont les effets inhérents au caractère public des lieux.

Lorsqu'il est établi que l'acte de profération ou d'exposition s'est produit dans un lieu public, il est, par ce fait seul, réputé publiquement commis, sans qu'il soit besoin de rechercher si un public déterminé a entendu le discours proféré ou vu l'écrit exposé.

On estime, en effet, que l'auteur de l'acte incriminé ne saurait invoquer l'absence de publicité effective, attendu

(12) Limoges 21 août 1838, P. 39. 1. 90.

(13) Une salle d'audience perd évidemment le caractère de lieu public lorsque le huis-clos est prononcé. (Cr. 4 août 1832, S. 33. 1. 872).

que cette circonstance est indépendante de sa volonté. D'une part, il est mal fondé à réclamer l'impunité sous prétexte qu'il n'y avait en fait aucun public présent, puisque, de par le caractère même du lieu, il pouvait toujours en survenir. D'autre part, on ne lui fait pas seulement grief d'avoir négligé cette éventualité, mais bien plus on présume qu'il a eu l'intention coupable de publier sa pensée et que, s'il n'a pas réussi à lui donner une publicité effective, il n'en a pas moins manifesté la volonté d'y parvenir, par le choix du lieu de la profération ou de l'exposition.

C'est en faisant l'application de ces principes que les arrêts ont reconnu le caractère de publicité à la diffamation proférée dans un lieu public, bien qu'il ne s'y fût trouvé qu'un seul auditeur. CHASSAN est allé plus loin et a prétendu, contrairement à l'opinion soutenue par DE GRATTIER, que la publicité existait encore en l'absence de tout témoin dans le lieu public, lorsque notamment les auditeurs du discours diffamatoire s'étaient trouvés dans un lieu privé voisin (14). Il précise toutefois que les propos incriminés ont dû être effectivement entendus, fût-ce par une seule personne. Mais, dès l'instant où ils le sont par un témoin *de auditu*, il importe peu que celui-ci fût placé dans un lieu privé; il suffit que l'acte de profération soit commis dans un lieu public.

La jurisprudence a confirmé cette doctrine dans la plupart de ses décisions (15). Les arrêts, d'ailleurs anciens, qu'on invoque dans l'opinion contraire, n'ont pas, en réa-

(14) CHASSAN, t. I, N° 83 et 84, p. 50; DE GRATTIER, t. I, p. 122.

(15) Cr. 26 novembre 1864, S. 65. 1. 102.

lité, la portée qu'on leur prête, soit qu'ils aient nié la publicité bien plus pour défaut de profération véritable que pour absence de public, soit que le lieu n'ait été susceptible de publicité que par accident, sans pouvoir tenir ce caractère ni de sa nature, ni de sa destination (16).

Mais si le caractère public du lieu est à lui seul un élément suffisant de publicité du délit, il ne produit pas toujours les mêmes effets. La jurisprudence et les auteurs distinguent suivant que le lieu est public par sa nature ou l'est par sa destination. S'il s'agit d'un lieu public par sa nature — c'est-à-dire dont la destination au public est permanente et absolue — il suffit de constater que le fait incriminé s'y est produit et la publicité du délit résulte, de plein droit, de cette seule constatation. S'il s'agit au contraire d'un lieu public par destination — plus exactement d'un lieu qui n'est destiné au public que par intervalles et d'une manière relative — il faut établir que le fait a été commis à un moment où le lieu était réellement ouvert au public.

Quant aux lieux publics par accident, il est nécessaire de rechercher si des personnes s'y sont trouvées en nombre suffisant pour constituer une réunion publique.

Nous avons dit qu'il était sans intérêt de retenir une publicité accidentelle des lieux, puisqu'elle suppose admis le caractère public de la réunion qui doit nécessairement s'y trouver. Cependant les lieux publics par accident sont, dans un sens particulier, des lieux privés qui participent, soit par nature, soit par destination, d'une certaine publi-

(16) Cr. 29 décembre 1865, D. 66. 1. 192; Bourges, 8 mars 1822, D. Rep. v° Presse N° 863; Limoges, 21 août 1838, P. 39. 1. 90.

cité. Tels seraient, par exemple, les boutiques ou magasins, qui bénéficient d'une sorte de destination au public; tels seraient encore les chemins privés où la circulation du public est tolérée et qui présentent, dans cette mesure, une publicité par nature restreinte.

Sans être positivement des lieux publics par nature ou par destination, auxquels s'attacherait une présomption tantôt absolue, tantôt relative de publicité, ces lieux pourraient néanmoins se voir attribuer une publicité propre, en ce que la présence d'un public très réduit permettrait de leur reconnaître ce caractère. Il appartiendrait au juge d'apprécier cette publicité accidentelle du lieu privé d'après les circonstances du fait. Mais les arrêts qui ont statué dans des hypothèses de ce genre ont presque toujours exigé la présence d'un nombre relativement important de personnes, en sorte que la publicité du délit semble tenir davantage au caractère public de la réunion, qu'à celui du lieu. Au surplus, la notion de réunion publique n'a pas un contenu fixe qui lui interdise de comprendre toutes les hypothèses où la publicité du délit, ne pouvant tenir au caractère public du lieu, requiert la présence effective d'un public.

Avant de passer à l'étude de cette notion, il nous reste, pour en terminer avec les lieux publics, à envisager le cas spécial où des propos proférés dans un lieu privé ont été entendus dans un lieu public, ainsi que celui où des écrits exposés dans un lieu privé ont été vus d'un lieu public. C'est en somme le cas inverse de celui auquel il a été fait allusion plus haut, où la profération commise dans un lieu public avait eu pour auditeurs des témoins placés dans un lieu privé.

Lorsque les propos diffamatoires ont été proférés dans un lieu privé, mais de telle sorte qu'ils ont été entendus par des tiers se trouvant dans un lieu public, on peut se demander dans quelle mesure il est permis de les considérer comme proférés dans un lieu public. Certains leur ont dénié toute possibilité d'être tenus pour tels (17). D'autres, à l'opposé, ont prétendu que, dans les mêmes circonstances, la condition de publicité, indispensable à la constitution du délit, se trouvait remplie, attendu que le lieu privé, attenant à un lieu public, participait du caractère même de ce dernier et devenait ainsi public (18).

Entre ces deux opinions, également critiquables, une solution intermédiaire semble satisfaisante. D'une part, l'acte de profération, bien que commis dans le lieu privé, a produit le même résultat que s'il l'avait été dans le lieu public lui-même, puisque les propos ont été entendus dans celui-ci; et il paraît nécessaire de réprimer cette publicité coupable donnée au discours diffamatoire. Mais, d'autre part, il ne faut pas perdre de vue que l'auteur de la profération se trouvait personnellement dans un lieu privé. Il n'est donc pas certain qu'il ait eu l'intention de publier sa pensée. Si cette intention se présume, à bon droit, lorsque le proférateur parle dans un lieu public, le seul choix du lieu étant particulièrement significatif, il n'en saurait être de même ici, où l'intention de publier est toujours à démontrer.

Par conséquent les propos proférés dans un lieu privé et entendus dans un lieu public doivent être considérés, en

(17) Bourges, 8 mars 1822, *loc. cit.*

(18) Trib. Albi, 1^{er} juin 1857, D. 58. 3. 64.

principe, comme proférés dans ce dernier. Car un discours, ainsi que le dit DALLOZ, « est proféré (porté) dans un lieu public quand il y parvient. Ce n'est donc pas le lieu où se trouve l'auteur du propos qu'il faut le plus considérer, mais celui où il est entendu ».

Cependant l'intention de publier ne doit pas être présumée. Mais il appartient au juge de l'apprécier d'après les circonstances du fait, en recherchant si l'auteur de la profération avait la volonté d'être entendu au dehors.

De toutes façons, les propos doivent avoir été effectivement entendus à l'extérieur et non pas seulement prononcés de manière à l'être. Et il est excessif d'attribuer le caractère public au lieu privé lui-même, comme participant de la nature du lieu public (19).

Quant à l'écrit ou l'emblème exposé dans un lieu privé de telle sorte qu'on l'aperçoive d'un lieu public, il faut également le tenir pour exposé dans un lieu public. Cette solution s'impose par analogie avec celle admise au cas de profération. D'ailleurs, en parlant d'écrits exposés aux regards du public, il semble bien que la loi ait voulu, non pas faire de la simple exposition aux regards du public un mode particulier de publication, mais incriminer des écrits aperçus par des tiers fréquentant un lieu ou une réunion publics. Il n'est donc pas nécessaire que l'écrit ait été exposé dans le lieu public même ; il suffit qu'on

(19) Cf, cependant un arrêt de la Cour de Cassation qui semble reconnaître au lieu privé une publicité de fait, lorsque les propos tenus dans ce lieu — en l'espèce une cour desservant plusieurs immeubles et ouverte à tout venant — ont pu être et même ont été certainement entendus. (Cr, 20 mai 1927. *Bull. cr.* N° 127).

l'ait vu de celui-ci. C'est l'hypothèse fréquente des écrits diffamatoires ou obscènes exposés derrière la vitrine d'un magasin donnant sur la voie publique.

S'il y a, en pareil cas, véritable exposition dans un lieu public, encore faut-il établir chez l'agent l'intention de publier, qu'il n'est pas permis de présumer.

Réunions publiques. — Lorsqu'il est impossible de rattacher la publicité du délit à celle du lieu, auquel cas elle se trouve de plein droit réalisée, il faut l'attribuer à la présence d'un public, ce qui implique la preuve d'une publicité effective. Mais l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 ne s'est pas contenté d'incriminer les propos proférés, pas plus que les écrits exposés, en public ; il a exigé qu'ils le fussent dans des réunions publiques.

Nous avons vu que la notion de lieu public ne pouvait être appréciée en fait d'après la seule possibilité pour le public d'y accéder librement ; mais qu'elle devait être jugée en droit, selon la destination absolue ou relative, permanente ou temporaire du lieu. Quand la loi fait résulter la publicité du délit de la présence effective d'un public, ce n'est pas non plus d'un public de fait qu'il s'agit, mais d'une forme déterminée de public, celle d'une réunion.

Il est donc aussi important de préciser à quelles conditions il y a réunion publique, que de savoir à quels signes on reconnaît le caractère public d'un lieu.

Au point de vue administratif, c'est-à-dire dans le sens de la loi du 30 juin 1881 modifiée par la loi du 28 mars 1907, sur la liberté de réunion, une réunion publique est celle qui est accessible soit à tout le monde, soit à une

certaine catégorie de citoyens remplissant des conditions spéciales. Mais, dès l'instant où les individus n'y sont admis que sur convocation personnelle, la réunion présente un caractère purement privé. En matière de presse la notion de réunion publique est plus large. S'il n'est pas douteux qu'une réunion publique au sens administratif tombe dans les prévisions de l'article 23, on ne peut pas soutenir, en revanche, qu'une réunion ne sera pas publique au regard de la loi de presse, pour le seul motif que ses membres, en quelque nombre qu'ils fussent et quelle que soit la nature de leurs relations, ont fait l'objet d'une invitation personnelle et individuelle.

Par ailleurs, il faut se garder de faire intervenir ici le caractère même du lieu où se tient la réunion. Une réunion peut être publique encore qu'elle se tienne dans un lieu privé; sinon la mention des réunions à côté des lieux publics seraient sans objet dans la loi. D'autre part — et ce n'est pas la remarque la moins importante — si la nature publique du lieu où se tient la réunion doit faire présumer la publicité de cette dernière, il peut arriver que le lieu habituellement accessible au public soit occupé spécialement et privativement par les personnes composant la réunion, et perde ainsi tout caractère propre de publicité. C'est uniquement, dans ce cas, à la nature de la réunion elle-même qu'il faut s'attacher.

Mais quel critérium permettra-t-il de savoir si on a affaire à une réunion publique ou privée? A ce point de vue la jurisprudence et la doctrine tiennent compte à la fois de trois facteurs: le nombre des assistants, la nature

des relations existant entre eux et les conditions de leur admission (20).

Il n'est pas douteux tout d'abord que le concours simultané d'un certain nombre de personnes soit indispensable à l'existence de toute réunion publique. Mais il est impossible de fixer arbitrairement un chiffre en l'absence de dispositions législatives. C'est une question laissée à l'appréciation du juge. Ainsi la qualification de réunion publique a été refusée à une réunion composée seulement de trois personnes, alors même qu'elles étaient étrangères les unes aux autres (21). A l'inverse, une réunion, si nombreuse soit-elle, gardera le caractère privé s'il s'agit d'une réunion de famille ou d'amis. Mais, suivant un arrêt de la Cour suprême, une réunion peut devenir publique par le concours d'un nombre assez considérable de personnes dans une maison particulière où elles ont été rassemblées sans invitation nominale (22).

On doit encore prendre en considération la nature des relations existant entre les différents membres de l'assemblée. Celle-ci ne deviendra une réunion publique que dans la mesure où les personnes qui la forment sont étrangères les unes aux autres, et si, d'autre part, les conditions de nombre et d'admission sont jugées satisfaites.

Il faut tenir compte enfin de la facilité plus ou moins grande avec laquelle on accède à la réunion. On évitera d'ailleurs de donner à cet élément une importance exagérée et, à plus forte raison, d'en faire le caractère distinctif de

(20) *Sic.* FABREGUETTES, t. I, N° 181, p. 126; LE POITTEVIN, t. I, N° 519, p. 568; BARBIER, t. I, N° 256, p. 242.

(21) Cr. 15 mars 1852, D. Rep. v° presse, N° 651, 1°.

(22) Cr. 26 janvier 1826, Bull. cr. N° 19.

toute réunion publique (23). Il serait aussi excessif de refuser par principe le caractère de réunion publique à toutes celles dont le mode d'organisation ne laisse aucune possibilité d'accès au public, que de déclarer qu'une telle réunion cesse *ipso facto* d'être privée dès l'instant où une seule personne étrangère y est introduite.

En réalité, le facteur d'admissibilité, pas plus que ceux du nombre et de la relation entre les membres, ne peut être considéré isolément. C'est au contraire par un examen d'ensemble des trois éléments, par leur comparaison qui donnera à l'un suivant le cas plus d'importance qu'aux autres, par leur rapprochement qui permettra ou non de confirmer une appréciation fondée sur celui qui a paru le plus important, qu'on parviendra, dans chaque espèce particulière, à dégager la notion de réunion publique.

Ces règles sont celles que la jurisprudence a suivies. Négligeant le détail des applications qu'elle en a fait dans la pratique, nous indiquerons seulement quelques solutions qui ont été l'objet de controverses.

On a discuté notamment sur le caractère des assemblées d'ordre commercial ou financier, réunions de créanciers convoqués à l'occasion d'une faillite, réunions d'actionnaires ou de membres d'une société. Les membres d'une assemblée de créanciers réunis pour un ordre ont bien été convoqués individuellement et toute autre personne s'en trouve exclue. Mais on doit considérer, d'autre part, qu'il n'existe pas, en général, de relations antérieures entre eux et qu'au surplus il leur est possible de se faire représenter par des tiers. Aussi la Cour de Cassation a-t-elle posé

(23) *Contra* FABREGUETTES, t. I, N° 36, p. 89.

qu'une réunion de créanciers, sans constituer, par elle-même et en vertu d'un principe absolu, une réunion publique, est susceptible d'offrir ce caractère, si les circonstances particulières, précisées et appréciées par le juge, le permettent (24). La question doit être résolue de la même façon relativement aux réunions d'actionnaires ou membres de sociétés. On ne peut leur refuser à *priori* le caractère de réunions publiques, pour l'unique raison qu'aucune personne étrangère n'y est admise, alors qu'il n'est pas rare de voir de telles assemblées grouper un nombre considérable d'individus (25).

La réunion dans une salle d'audience des magistrats, jurés, défenseurs et témoins prenant part à une affaire où a été prononcé le huis-clos est-elle une réunion publique? MM. FABREGUETTES et LE POITTEVIN l'ont nié (26). M. BARBIER s'est prononcé pour l'affirmative, en considérant que des personnes appartenant à des catégories différentes, étrangères les unes aux autres et relativement nombreuses ne pouvaient composer qu'une réunion publique (27). Mais il semble difficile, malgré la rencontre de ces éléments qui, en d'autres hypothèses, ont été jugés suffisants, de reconnaître le caractère de réunion publique à celle des personnes présentes à une audience de huis-clos (28). Car le but de la loi, en autorisant ou en impo-

(24) Cr. 16 février 1900, Bull. cr. N° 72.

(25) En ce sens, Lyon, 29 novembre 1897, *Gaz. Pal.* 98. 1. 130. Mais on ne peut considérer comme une réunion publique l'assemblée des actionnaires convoqués individuellement et admis dans l'assemblée après que leur personnalité a été contrôlée. (Cr. 27 novembre 1920, Bull. cr., N° 461).

(26) FABREGUETTES, t. I, N° 761.

(27) LE POITTEVIN, t. I, N° 515, p. 554; BARBIER, t. I, N° 256, p. 244.

(28) En ce sens, Cr. 4 avril 1882, D. Rep. v° presse, N° 1391.

sant le prononcé de huis-clos pour certains débats, est précisément de déroger au principe légal de la publicité des audiences.

Quant aux séances des assemblées électives, leur caractère est maintenant précisé par la loi elle-même.

Les séances de la Chambre des Députés et du Sénat sont déclarées publiques par l'article 5 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875. Mais il faut observer qu'aux termes de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881, « les discours tenus dans le sein de l'une des deux Chambres » ne peuvent donner lieu à aucune action pour délit de presse.

Les séances des Conseils généraux et des Conseils municipaux sont également publiques, les premières depuis la loi du 10 août 1871 (article 54), les secondes depuis la loi du 5 avril 1884 (article 54). Mais ces assemblées peuvent se former en comité secret sur la demande de cinq membres pour les Conseils généraux, de trois membres ou du maire pour les Conseils municipaux. Elles deviennent alors de simples réunions privées, la constitution en comité secret étant une mesure analogue au huis-clos.

Enfin, les séances des Conseils d'arrondissement sont toujours privées, la loi ne leur ayant pas reconnu le caractère de publicité.

C. — *Cas spéciaux d'exposition dans un lieu public*

Certaines hypothèses d'exposition dans les lieux publics méritent un examen particulier.

Un acte authentique ne comporte en soi aucun élément de publicité, inhérent à la forme dans laquelle il a été reçu. Pour être justiciable de la loi de 1881, il doit avoir été,

comme un vulgaire écrit, exposé dans un lieu public. Il est certain qu'une étude de notaire n'est pas un lieu public. Mais *quid* des actes déposés dans un lieu possédant le caractère de publicité, comme le greffe d'un tribunal? Il faut distinguer le simple dépôt de l'exposition. Le dépôt, même s'il permet l'obtention d'expéditions ou copies de l'acte, ne réalise pas une publicité suffisante, puisque l'acte, encore qu'il se trouve consigné dans un lieu public, n'est pas offert aux regards des personnes y accédant.

Les actes de l'administration ne bénéficient d'aucune immunité analogue à celle accordée par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 aux écrits produits en justice.

S'il s'agissait d'un arrêté concernant une personne déterminée et ayant fait l'objet d'une notification individuelle à l'intéressé, il n'existerait de publicité que dans le cas où un tiers, en ayant demandé communication et pris copie, viendrait à le publier. Celui-ci serait seul responsable si l'acte administratif était un arrêté municipal, en vertu de l'article 58 de la loi du 5 avril 1884, qui confère à tout habitant ou contribuable de la commune le droit de se faire communiquer les arrêtés municipaux, d'en prendre copie et de les publier sous sa propre responsabilité. Mais la publication d'un arrêté préfectoral ayant un caractère individuel, devant par suite rester secret, pourrait entraîner d'autres responsabilités que celle du publicateur, s'il était établi que, malgré son caractère privé, il était destiné à la publicité.

Quant aux arrêtés d'intérêt général, qui doivent être publiés et affichés, ils tombent sous le droit commun de

l'article 23 s'ils ont reçu une publicité effective par un des moyens énumérés dans ce texte et notamment par l'exposition dans un lieu public, et non pas seulement s'ils étaient de nature à être publiés.

Les propos diffamatoires proférés au cours des délibérations publiques des Conseils municipaux sont évidemment susceptibles de poursuites pour profération dans des lieux ou réunions publics. Mais ne peut-on les poursuivre encore lorsqu'ils se trouvent consignés dans les procès-verbaux de séance transcrits sur les registres de délibérations dont tout habitant peut obtenir la communication? Ici encore, en l'absence d'exposition véritable, comme l'affichage des procès-verbaux de séance à la porte des mairies, il ne saurait y avoir de publicité suffisante dans la simple communication au public des registres de délibérations.

Telle doit être, par analogie, la solution applicable aux registres de réclamations déposés dans les gares de chemins de fer et mis à la disposition des usagers qui ont des plaintes à formuler.

L'électeur qui dépose dans l'urne électorale un bulletin de vote sur lequel il a porté des inscriptions diffamatoires ou injurieuses, sachant qu'elles seraient lues au dépouillement du scrutin, participe personnellement au fait de publicité qui résultera de cette lecture. Il n'est pas douteux, en effet, que le bulletin doive être considéré comme exposé dans un lieu public dès l'instant où les membres du bureau l'ont sous les yeux, quand même ils seraient les seuls à en prendre connaissance et s'abstiendraient d'en lire à haute voix les énonciations.

§ 2. — VENTE, MISE EN VENTE ET DISTRIBUTION

Si la profération de discours et l'exposition d'écrits ne réalisent, au point de vue légal, la publication de la pensée que dans la mesure où elles se produisent dans des lieux ou réunions publics, les procédés de vente, mise en vente et distribution contiennent en eux-mêmes l'élément de publicité.

Malgré la rédaction défectueuse de l'article 23, le défaut d'influence du caractère non public du lieu, dans le cas de vente, mise en vente ou distribution, n'est pas douteux. On l'admettait déjà sous l'empire de la loi du 17 mai 1819, dont l'article premier a été imité par les rédacteurs du texte nouveau. Si on avait pu hésiter à cette époque, la loi du 25 mars 1822 devait fournir un argument décisif, en incriminant, dans son article 9, § 3, « l'exposition dans les lieux ou réunions publics, la distribution ou la mise en vente de tous signes ou symboles destinés à propager l'esprit de rébellion ou troubler la paix publique ». Ce texte ne laissait aucune possibilité d'erreur sur l'interprétation des modes de publicité visés par lui. La circonstance de lieux ou réunions publics s'appliquait à l'exposition seule, la mise en vente et la distribution opérant par elles-mêmes la publicité.

L'article 23 de la loi de presse actuelle énumère, en des termes différents, les mêmes procédés de publication. Connaissant l'interprétation donnée à l'article 1^{er} de la loi de 1819, le législateur de 1881, s'il avait entendu innover, aurait adopté une toute autre rédaction. Certes, il aurait pu aussi, pour écarter toute possibilité de controverse,

reprendre les termes de la loi de 1822. Mais de ce qu'il n'a rien changé au texte de 1819, ni pour contredire le sens qu'on lui donnait alors, ni pour le préciser davantage, il n'y a pas lieu de conclure à une modification quelconque dans son intention, au sujet de la vente, de la distribution ou de la mise en vente. C'est d'ailleurs ce qui a été jugé par la Cour de Cassation (29). Et les auteurs s'accordent avec la jurisprudence sur ce point (30).

L'article 23 semble grouper la vente et la distribution et les séparer de la mise en vente, lorsqu'il parle d'écrits « ...vendus ou distribués, mis en vente... ». Mais il ne faut attacher à cette disposition matérielle des termes employés aucune signification particulière. Nous étudierons au contraire ensemble la vente et la mise en vente, deux procédés manifestement apparentés, pour examiner à part la distribution et quelques cas spéciaux de ce mode de publication.

A. — *Vente et mise en vente*

Ce n'est pas le contrat de vente que la loi entend incriminer, mais l'opération commerciale faite dans un but de publication. Ainsi la vente d'un manuscrit, même destiné à être imprimé et publié, ne constitue pas un fait de publication répréhensible. Mais, dès l'instant où le manuscrit est reproduit en de multiples exemplaires, la vente de l'un d'eux engage la responsabilité pénale de l'éditeur. Peu importe d'ailleurs qu'il n'ait été imprimé qu'un nombre

(29) Cr. 20 janvier 1883, D. 84. 1. 137; 24 mai 1884, D. 86. 1. 143 et 30 juin 1899, D. 1901. 1. 119.

(30) LE POITTEVIN, t. I, N° 531, p. 585; BARBIER, t. I, N° 258, p. 247.

limité d'exemplaires ou qu'il n'en ait été vendu qu'un seul. Le nombre des acheteurs est indifférent. C'est « l'intention de mettre l'objet vendu dans la circulation commerciale et, par suite, de le répandre dans le public » (31), qu'on doit considérer.

La consommation effective de la vente n'est pas non plus indispensable. La loi atteint encore la simple mise en vente et laisse au juge le soin de préciser ce qu'on doit entendre par là.

La notion de mise en vente peut être appréciée différemment selon les circonstances, mais elle ne suppose pas, en tout cas, nécessairement l'exposition, qui constitue en soi un mode de publicité distinct.

La mise en vente est une sorte de tentative dont il faut savoir reconnaître, en chaque hypothèse, les actes d'exécution. Ce sera tantôt une exposition qui, réalisée dans un lieu ou une réunion publics, serait incriminée en temps que telle, mais qui, opérée à l'intérieur d'un magasin, pourra se voir considérer comme une mise en vente. Il existe, en ce cas, une offre tacite impliquée par l'exposition de l'objet dans un lieu de vente. L'intention de vendre, et partant de publier, doit être présumée aussi bien que s'il s'agissait d'une annonce au moyen de catalogues ou de prospectus.

Parfois une simple détention de l'objet suffira pour constituer une mise en vente. Ainsi des livres contenant des propos diffamatoires sont découverts dans l'arrière-boutique d'un libraire. Il est à présumer que celui-ci les destinait à la vente. Cependant, il faudra l'admettre à prou-

(31) LE POITTEVIN, t. I, N° 528, p. 580.

ver le contraire, que, par exemple, il n'était lui-même qu'un intermédiaire entre l'imprimeur et l'auteur, ou qu'ayant pris connaissance du contenu des livres, il avait cru devoir les soustraire à toute demande éventuelle d'achat.

La mise en vente, comme la vente consommée, d'un seul exemplaire, serait suffisante.

B. — *Distribution et cas spéciaux de distribution*

A la différence de la vente et de la mise en vente qui supposent un acte de publication fait à titre commercial, la distribution s'entend aussi bien d'une remise gratuite. Elle implique en soi une idée de publicité et se distingue par là de la simple communication. Celle-ci peut bien réaliser une publicité de fait. Mais la loi ne s'en contente pas; elle exige une forme déterminée de communication, dont le caractère de publicité soit incontestable. La distribution réalise cette publicité en ce qu'elle constitue nécessairement le fait de répandre une chose dans le public, d'en remettre ou adresser des exemplaires à plusieurs personnes.

Logiquement la distribution comporte la pluralité d'exemplaires de l'objet distribué et la pluralité des individus entre lesquels elle est effectuée. Cependant la jurisprudence admet qu'un seul et même écrit communiqué à plusieurs personnes puisse être considéré comme distribué. Mais la communication d'un unique exemplaire à une seule personne est-elle encore un acte de distribution? Certains auteurs ont soutenu l'affirmative, lorsqu'il s'agit d'un exemplaire imprimé, l'impression annonçant l'intention de

publier et la publication se trouvant consommée au premier fait de remise (32). Mais, si une solution analogue a pu être admise en matière de vente, elle semble difficilement applicable à la distribution. On ne saurait de toute façon l'accepter si l'unique personne bénéficiaire de la remise n'avait pas au moins pour mission de communiquer l'exemplaire incriminé à plusieurs autres.

Quant au nombre d'individus qui ont dû avoir communication soit des copies distribuées à chacun, soit de l'exemplaire unique mis en circulation, il n'est pas précisé par la loi. C'est un point que le juge apprécie souverainement.

La distribution ne se réalise pas seulement par la remise de la main à la main, mais par tout moyen permettant de faire parvenir un objet quelconque à un destinataire et notamment par l'envoi postal.

Peu importe encore le caractère indéterminé des destinataires. Ainsi constitue un acte de distribution le fait de répandre sur la voie publique, à la portée des passants, des écrits contenus dans des enveloppes fermées ne portant aucune adresse (33). On ne pourrait objecter, en cette hypothèse, que la publicité a été opérée en réalité par ceux qui ont recueilli et ouvert les enveloppes. Les écrits doivent être considérés comme distribués du moment où ils ont été déposés, en quantité suffisante, dans un lieu où n'importe quel passant a pu les ramasser et en prendre connaissance.

(32) *Sic.* CHASSAN, t. I, N° 77, p. 44; FABREGUETTES, t. I, N° 55, p. 210; *Contra* LE POITTEVIN, t. I, N° 530, p. 582, et BARBIER, t. I, N° 261, p. 252.

(33) Besançon, 30 mai 1900, D. 1901. 2. 165.

Nous avons dit que toute communication d'écrits, alors même qu'elle engendre une publicité de fait, ne s'analyse pas nécessairement en une distribution. Par exemple, il n'y a pas de distribution au sens de l'article 23 dans une communication faite à titre confidentiel à quelques personnes (34). Mais comment reconnaître qu'une distribution est confidentielle, c'est-à-dire dépourvue du caractère légal de distribution? Il semble que la jurisprudence refuse de considérer comme une distribution tombant sous le coup de la loi, parce que confidentielle, celle qui n'est faite qu'à une catégorie de personnes déterminées, ayant entre elles un lien commun, si en outre la forme sous laquelle elle a été opérée démontre chez l'agent l'intention de ne réaliser aucune publicité.

Par contre, il y aurait véritable distribution, si la communication, même à titre confidentiel, avait été faite à un grand nombre de personnes étrangères les unes aux autres; il en serait encore ainsi de celle adressée à une catégorie limitée d'individus, alors que les circonstances manifesteraient de la part du distributeur, malgré l'aspect confidentiel de la communication, la poursuite d'un but certain de publicité.

Mais « les communications particulières, même répétées d'un écrit, ne peuvent être considérées comme des actes de distribution quand elles n'émanent pas de la même personne et n'ont pas eu lieu par suite d'un concert arrêté. Ces communications successives d'un écrit peuvent bien lui donner une publicité effective, mais cette publicité ne résulte pas du fait de distribution prévu par la loi ». (BARBIER) (35).

(34) Cr. 18 novembre 1910, Bull. cr. N° 569.

(35) *Op. cit.* t. I, N° 261, p. 251.

La distribution se présente d'une manière assez particulière dans plusieurs cas.

Il est possible de voir un acte de distribution dans le fait d'adresser à diverses personnes les exemplaires d'une lettre reproduite en vue d'une publicité évidente. Mais l'envoi d'une lettre missive à un seul individu ne constitue pas en soi la publication par distribution. Il peut seulement en devenir une hypothèse si le destinataire a communiqué la lettre à plusieurs autres personnes, soit de sa propre autorité, auquel cas il est seul responsable, soit sur les instructions de l'expéditeur, ce qui emporte la culpabilité de ce dernier. La lettre prend alors le caractère d'une véritable circulaire (36), susceptible d'ailleurs de demeurer strictement confidentielle en raison de son objet et de son mode d'envoi.

On peut se demander quelle est, au point de vue de la publicité, la nature des correspondances circulant à découvert, telles que les cartes postales et les lettres mises sous une simple bande. De semblables écrits non seulement passent sous les yeux des agents de l'Administration, mais n'échappent pas non plus aux regards de certains intermédiaires, concierges, domestiques, etc. Avant la loi du 11 juin 1887, la diffamation contenue dans ces écrits restait impunie, s'il était impossible d'établir soit un fait de distribution, soit une exposition dans des lieux ou réunions publics, lorsque, par exemple, la remise au destinataire avait été effectuée dans un café ou autre établissement public.

Mais la loi du 11 juin 1887 est venue atteindre ce mode

(36) Cr. 28 juillet 1922, Bull. cr. N° 273.

de publicité de la diffamation et de l'injure, indépendamment des moyens de publication prévus par l'article 23. Il n'y a plus lieu, depuis lors, de rattacher à la distribution ou à l'exposition dans les lieux publics la publicité donnée à une diffamation par le moyen de correspondances postales ou télégraphiques circulant à découvert. Ces écrits réalisent une publicité *sui generis*.

Une question délicate a été soulevée au sujet des bulletins et fiches de renseignements adressés par les agences qui font profession de recueillir des informations sur certaines personnes et de les transmettre à d'autres. Il arrive souvent qu'un commerçant ait recours à ces sortes d'agences, lorsqu'il ignore l'état de solvabilité de ceux avec lesquels il entre en relations d'affaires.

Quand une de ces agences, sollicitée par une demande expresse et spéciale, envoie des renseignements défavorables sur la solvabilité d'un commerçant, il n'existe pas de diffamation, à défaut de distribution spontanée émanant de l'agence et en raison du caractère confidentiel des bulletins envoyés.

Mais l'envoi périodique de fiches de renseignements aux différents abonnés de l'agence, sans demande spéciale de leur part, constitue très certainement un fait de distribution ou tout au moins de vente.

Cependant, M. LE POITTEVIN conteste la légitimité de la distinction entre l'envoi sur demande et l'envoi spontané. Selon lui « le fait même de l'organisation commerciale de ces agences implique nécessairement l'intention de donner de la publicité: par le nom qu'elles prennent d'agences de renseignements, bureaux internationaux de recherches, par

leurs cartes et prospectus répandus à profusion, elles déclarent mettre à la disposition du public les renseignements les plus complets sur le compte de toutes personnes. Elles recommandent, il est vrai, le secret à leurs correspondants. Mais cette précaution ne change point la nature des choses, et ne peut faire qu'une information offerte et répandue de tous côtés demeure une confidence. » (37). Il suffirait donc d'un seul envoi de renseignements pour que le délit de diffamation puisse être, le cas échéant, relevé. La publicité résulterait alors, sinon toujours d'une distribution, en tous cas d'une vente.

Par contre, il n'existerait pas de diffamation « s'il s'agissait de renseignements fournis sur la solvabilité d'un commerçant par une personne qui ne ferait pas, comme les agences, commerce de la vente de ces renseignements », (38), en raison du caractère essentiellement personnel et confidentiel de la communication.

La jurisprudence, au moins celle de la Cour de Cassation ne paraît pas avoir admis ce système (39).

On peut encore se demander si le dépôt légal des journaux et écrits périodiques, effectué conformément à l'article 10 de la loi du 29 juillet 1881, constitue la publication au sens de l'article 23. Certains auteurs anciens ont prétendu que cette formalité établissait une véritable présomption de publication, ne cédant que devant la preuve contraire faite par la partie poursuivie. (40).

(37) *Op. cit.* t. I, N° 535, p. 593.

(38) LE POITTEVIN, t. I, N° 535, p. 594.

(39) Cr. 23 octobre 1886, S. 87. I. 441.

(40) CHASSAN, t. I, p. 38; DE GRATTIER, t. I, p. 127; FABREGUETTES, t. I, N° 54, p. 217; *Contra*, LE POITTEVIN, t. I, N° 536, p. 598, et BARBIER, t. I, N° 272, p. 273.

Certes, l'exécution du dépôt légal révèle à peu près certainement l'intention d'opérer la publication. Mais la loi pénale n'incrimine pas l'intention en elle-même; elle atteint avant tout des faits. Or, si le dépôt d'un journal ou écrit périodique en rend la publication probable, il n'en est pas moins vrai que seul un fait caractérisé de vente, mise en vente ou distribution peut servir de base à des poursuites. Et le dépôt légal étant obligatoire, on ne saurait sérieusement le considérer comme un acte de distribution.

*
**

L'étude de la publicité envisagée par les articles 23 et 28 de la loi sur la presse nous a montré la notion de droit de cet élément dans la constitution de certains délits. Mais le législateur n'a pas toujours cru devoir enfermer la notion de publicité dans les règles étroites que nous venons d'examiner. Les motifs particuliers, qui lui ont dicté l'incrimination d'autres infractions, l'ont incité parfois à se contenter d'une publicité de fait. Tel est notamment le cas de l'outrage public à la pudeur. Et il nous suffira, pour apprécier la différence qui sépare les deux notions de publicité, d'envisager celle qui conditionne la répression de ce dernier délit.

CHAPITRE II

LA PUBLICITE DE FAIT D'APRES L'ARTICLE 330 DU CODE PENAL

Les motifs qui ont inspiré le législateur pénal dans l'incrimination de l'outrage à la pudeur justifient l'existence de la publicité comme élément constitutif du délit et expliquent l'interprétation particulièrement large qu'on a donnée à cette notion.

Les rédacteurs du Code pénal de 1810 ont, en effet, sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, abandonné les traditions de l'ancien droit. La loi moderne n'incrimine plus les faits attentatoires aux mœurs en tant qu'ils constituent des fautes contre la morale et sont répréhensibles en eux-mêmes. Si, qualifiés de péchés ou de vices, les faits immoraux appartiennent à la conscience, considérés comme actes individuels, ils ne sauraient relever de la loi.

La répression de l'immoralité est subordonnée à la double condition que, d'une part, celle-ci se manifeste dans des faits la révélant suffisamment, que d'autre part la Société en éprouve un préjudice déterminé. (1).

(1) GARÇON, *Code pénal annoté*, art. 330, p. 887, N° 2.

C'est dans cet esprit que l'article 330 du Code pénal prévoit et punit le délit d'outrage public à la pudeur. Une telle incrimination répond parfaitement au point de vue du législateur. Elle ne réprime pas un acte parce qu'il est immoral en soi, mais parce que la publicité qui l'accompagne est susceptible de causer un préjudice social évident ; car la publicité d'un acte immoral lèse les droits des individus qui n'ont pas consenti à en subir le spectacle, en portant une atteinte plus ou moins grave à leur sentiment de pudeur.

Des trois éléments constitutifs de l'infraction prévue par l'article 330 — c'est-à-dire un acte matériel impudique, la publicité de cet acte et la faute de l'agent — il apparaît bien que la publicité est la condition essentielle de l'incrimination comme l'élément caractéristique du délit. Cependant on ne trouve, dans le texte législatif, aucune précision relative à la nature ou à l'étendue de cette importante notion. C'est que le législateur n'a pas cru devoir en limiter la portée, laissant au juge une large liberté d'appréciation.

Il appartient donc à la jurisprudence de déterminer dans quels cas la publicité de l'outrage à la pudeur se trouve en fait réalisée.

Les principes généraux dominant la matière ont été facilement dégagés. Mais leur application, dans certains cas, a soulevé de graves difficultés dont plusieurs ne paraissent pas encore résolues sans hésitation.

Les principes ont été formulés avec précision par les arrêts.

L'étude de la jurisprudence, particulièrement abondante en cette matière, nous conduit à l'idée suivante : la loi dont le but unique est de défendre contre l'outrage le sentiment

de pudeur des particuliers, exige simplement que cet outrage soit *public* et, la publicité réalisée, le réprime *partout* où il est commis. En énonçant d'une manière générale et absolue cet élément indispensable de l'infraction, l'article 330 se réfère à tous les genres de publicité susceptibles d'accompagner l'outrage à la pudeur. Il suffit dans chaque espèce particulière de se poser la question qui résume toute la pensée de la loi : l'acte impudique pouvait-il être vu ou l'a-t-il été effectivement par des témoins involontaires ?

On conçoit sans peine la variété des circonstances de fait susceptibles de réaliser la publicité de l'outrage à la pudeur. Il est possible cependant, d'après l'examen de la jurisprudence, de les rattacher à deux causes générales : l'influence du lieu, la présence de témoins.

C'est ce que paraît exprimer une formule excessivement brève où la Cour de Cassation a résumé toute sa doctrine : « Il est de jurisprudence constante qu'un outrage à la pudeur devient public par le seul fait de la publicité inhérente au lieu où il est commis, alors même qu'il n'aurait été vu par aucun témoin; il est également constant qu'il revêt ce caractère lorsqu'accompli dans un lieu privé il a été aperçu par des tiers, à défaut de précautions suffisantes pour le tenir caché. » (2).

L'extrême concision de ces règles n'a pas toujours permis une application facile des principes qui s'y trouvent posés.

Les difficultés d'application ont trait naturellement à deux ordres de questions : d'une part celles relatives à la nature des lieux, d'autre part les problèmes soulevés par la présence de témoins. Les difficultés du premier ordre sont les

(2) Cr. 4 août 1877, D. 78. 1. 287.

plus importantes parce qu'elles portent sur le plus grand nombre d'espèces et affectent même, dans une certaine mesure, l'ensemble du sujet. Elles résultent d'une erreur fondamentale dont la jurisprudence n'a pas toujours su se dégager. C'est en effet par une véritable méprise sur la notion de publicité en matière d'outrage à la pudeur et un oubli complet des principes que des arrêts ont engagé de nombreuses et subtiles controverses sur la nature publique ou privée des lieux, comme si toute la question était là.

Cette erreur semble procéder d'une confusion, qu'il était facile d'éviter, entre la publicité requise en matière de délits de presse et celle qui est exigée par l'article 330. L'une et l'autre, cependant, sont régies par des principes différents. La distinction résulte d'abord des textes mêmes. L'article 330 vise une publicité indéterminée. Alors que la loi sur la presse n'atteint les propos diffamatoires ou injurieux que s'ils sont manifestés dans des « lieux ou réunions publics », l'article 330 exige simplement que l'outrage à la pudeur soit « public ». En outre, la jurisprudence paraît bien avoir posé, dès le début, le principe d'une publicité de fait en matière d'outrage à la pudeur. La question de la publicité du lieu est donc tout à fait secondaire ici. Le caractère public du lieu peut être pris en considération comme une circonstance de fait susceptible de déterminer la publicité du délit, mais jamais en tant qu'élément de droit de cette notion.

C'est pourquoi les discussions entreprises sur la nature publique ou privée des lieux sont absolument vaines dans une matière où tout le débat doit porter sur la publicité du délit lui-même.

Quant aux difficultés soulevées par la deuxième cause générale de publicité, la présence de témoins, elles se rencontrent moins fréquemment, mais présentent aussi plus de complexité, que les précédentes.

C'est principalement à leur sujet que les solutions de la jurisprudence semblent encore hésitantes. Il paraît donc indiqué d'en réserver l'étude après l'examen des solutions les moins contestées.

Par la mise en œuvre des principes souvent exprimés dans les arrêts, la jurisprudence a été amenée à retenir comme source de publicité : tantôt la nature publique des lieux, tantôt certaines circonstances d'où résulte une publicité effective ou présumée, c'est-à-dire les circonstances par lesquelles le délit est commis publiquement dans un lieu privé.

On pourrait donc présenter l'étude de la publicité, en rattachant ses éléments constitutifs soit à la notion de lieu public, soit à la notion de circonstances de publicité dans les lieux privés. Mais une opposition aussi accentuée entre lieux publics et lieux privés, encore qu'elle ne puisse être que dans les termes, tendrait à faire attribuer à la distinction des lieux une importance exagérée. Nous savons au contraire que le criterium de la publicité de l'outrage à la pudeur n'est pas dans la nature des lieux.

Cependant l'influence du lieu sur la réalisation de la publicité est loin d'être négligeable. Si l'on considère que le lieu n'agit pas seulement par sa nature, mais souvent aussi par sa disposition matérielle, on doit tenir le plus grand compte de cet élément. Mais nous devons y com-
prendre, à côté des lieux publics dont la nature même en-

gendre la publicité du délit, les lieux privés qui, par leur disposition, sont susceptibles parfois de lui imprimer ce caractère.

C'est pourquoi nous consacrerons une première étude à l'influence du lieu. Il restera ensuite à examiner la publicité résultant de la présence de témoins, indépendamment de toute considération sur les circonstances de lieu.

Il convient d'ailleurs de noter qu'en une matière où tout le problème est dans une question de fait plus ou moins largement résolue, un plan ne saurait avoir d'autre but que la commodité de l'étude. Car on ne peut prétendre enfermer dans des cadres rigides les éléments d'une notion aussi souple que la publicité de l'outrage à la pudeur.

Section I

Influence du lieu

Si la nature même des lieux publics est capable d'imprimer au délit une forte présomption de publicité, par la disposition des lieux privés, cette présomption peut encore s'affirmer avec plus ou moins de vigueur.

Ce double aspect de la publicité, tenant à des circonstances de lieux, ressort nettement de termes souvent employés par les arrêts, lorsqu'ils parlent de « lieux publics ou accessibles aux regards du public. »

Dans l'expression « lieux publics », c'est la nature même des lieux qui est visée.

Quant aux « lieux accessibles aux regards du public » ce sont des lieux privés dont la disposition permet au public de voir ce qui se passe à l'intérieur.

§ 1^{er}. — INFLUENCE DU LIEU PAR SA NATURE

La publicité de l'outrage à la pudeur peut résulter d'abord du caractère public des lieux où il est commis, sans que la présence réelle de témoins soit nécessaire (3). Du fait même qu'il s'accomplit dans un lieu où des tiers peuvent paraître à tout instant, l'acte impudique présente le caractère scandaleux qui justifie l'application de la loi. Il révèle en effet chez son auteur un mépris absolu de la pudeur publique ; et la loi ne réprime pas seulement l'immoralité qui s'affiche effrontément, mais encore celle qui néglige de se cacher.

Par ailleurs, l'auteur de l'outrage à la pudeur commis dans un lieu public ne saurait se prévaloir de ce que son acte n'a été vu par personne, cette circonstance étant indépendante de sa volonté. Le fait immoral pouvait toujours être vu par des tiers et l'absence de témoins ne supprime ni n'atténue ce caractère scandaleux qui lui est suffisamment imprimé par la publicité inhérente au lieu.

Il est donc de jurisprudence constante que la nature publique des lieux peut constituer à elle seule l'élément de publicité en matière d'outrage à la pudeur.

Mais que doit-on entendre par lieux publics ?

Nous avons envisagé la même question à propos des délits de presse. Pourrions-nous admettre ici les solutions consacrées en cette matière ? Certains auteurs et de nombreux arrêts l'ont fait. Croyant que la publicité de l'outrage à la pudeur tenait essentiellement au caractère public du lieu où il était commis, ils se sont efforcés de déterminer ce caractère avec la plus rigoureuse exactitude, c'est-à-dire en

(3) Cr. 1^{er} mai 1863, D. 64. 1. 147.

droit. Ils ont alors adopté la classification des lieux publics en lieux publics par nature, par destination et par accident. (4).

Nous avons dit, dans notre étude sur la publicité des délits de presse, que le caractère public des lieux se déterminait en cette matière par leur destination, les lieux publics par accident n'étant pas, à proprement parler, des lieux publics et les lieux publics par nature n'ayant, au fond, ce caractère qu'en vertu d'une destination permanente et absolue.

La destination du lieu va-t-elle encore nous fournir ici le criterium de sa publicité ? Il paraît difficile de l'admettre. La loi réprime l'outrage commis publiquement et non pas l'outrage commis dans un lieu public. La publicité du lieu ne peut être qu'une circonstance de fait rendant probable la publicité du délit. C'est donc en fait qu'il convient d'apprécier le caractère public du lieu et non d'après sa nature juridique.

C'est pourquoi nous dirons qu'un lieu est public au sens de l'article 330, s'il est ouvert ou accessible à tout le monde, sans nous préoccuper de sa destination.

Nous avons distingué, dans l'étude des délits de presse, les lieux destinés au public d'une façon permanente et absolue de ceux qui ne l'étaient que par intervalles et d'une manière relative. Ici encore nous rencontrerons deux catégories de lieux : ceux qui sont accessibles au public en permanence et impriment à l'outrage, suivant la jurisprudence, une présomption absolue de publicité; ceux qui le devien-

(4) GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal*, t. 5, 1811.

nent à certains moments seulement et n'entraînent cette présomption que dans la mesure de leur propre publicité.

A la première catégorie de lieux, appartiennent, comme nécessairement publics, les chemins, les routes, les rues, les places, les promenades publiques, qui sont, par leur nature, *continuellement* accessibles à tout le monde. On tiendra donc pour public un chemin ou sentier privé ou même établi par tolérance sur une propriété privée, si le public a la faculté d'y circuler librement le jour et la nuit. (5). Nous avons vu cependant qu'une telle solution n'avait pas été admise en matière de délits de presse. C'est qu'un chemin particulier, bien qu'il soit accessible à tout le monde, n'est pas, en raison même de sa condition juridique, destiné au public. Il peut certes devenir public en fait, mais il ne l'est pas en droit.

Quant aux abords ouverts des lieux publics on les assimilera souvent à ces derniers. (6). Il suffit en effet que la vue des passants, fréquentant le lieu où ils accèdent librement, ne rencontre aucun obstacle matériel capable de dissimuler ce qui se passe aux abords ; l'outrage qui s'y commet revêt le même caractère de publicité que s'il se produisait dans le lieu public lui-même, et il importe peu qu'aucun témoin ne l'ait aperçu. Lorsqu'en fait il y a eu des témoins, le jugement ou arrêt de condamnation ne fait pas habituellement résulter la publicité du délit de leur présence, mais bien de la nature des lieux.

Il ne faudrait cependant pas exagérer la portée de ces

(5) Cr. 16 février 1862, D. 62. 1. 197.

(6) Cr. 5 février 1863, D. 64. 1. 324.

règles, et en faire l'application à tous les lieux non clos, dont l'accès, à la rigueur, est ouvert à tout le monde.

Il serait abusif de qualifier public un outrage à la pudeur commis, par exemple, dans un champ, pour la seule raison que ce lieu, n'étant pas clos, se trouve librement accessible au public. Certes, en ce cas, le lieu pourra encore être déclaré public comme participant à la nature d'un autre lieu, tel qu'un chemin ou une route; mais il faudra que, par la disposition des lieux, l'outrage puisse être vu des personnes fréquentant cette voie de communication. Si, en raison de l'éloignement ou d'un obstacle quelconque à la vue, le fait n'a pu être aperçu des passants, la publicité par le lieu fait défaut. Cela n'exclut pas, bien entendu, toute possibilité de publicité; mais l'acte impudique n'en sera susceptible qu'en considération des circonstances particulières dans lesquelles il aura été accompli, comme en présence de témoins. (7).

La publicité du délit pourra tenir encore à la nature des lieux, alors même qu'il s'agirait de lieux dont le public n'a le libre accès qu'à *certaines moments* ou en remplissant certaines conditions d'admissibilité. Ces lieux d'ailleurs ne doivent pas être confondus avec ceux que la jurisprudence et les auteurs, en matière de presse, qualifient de publics par destination. Cette erreur a été cependant commise par plusieurs auteurs et de nombreux arrêts.

C'est en effet sur la distinction des lieux publics par destination qu'a porté principalement la confusion, dont nous avons déjà parlé, entre la publicité de l'outrage à la pudeur et celle de délits de presse. Mais il suffit de reprendre quelques hypothèses envisagées à propos de ces der-

(7) Cr. 22 février 1828, Bull. cr. N° 48.

niers délits pour se rendre compte que les mêmes solutions ne sauraient s'appliquer indifféremment à l'outrage public à la pudeur.

Ainsi un outrage à la pudeur est public, tout comme une diffamation, lorsqu'il est commis dans une salle de spectacle à l'heure où elle est ouverte au public. Mais, alors que la circonstance de publicité, du moins celle tenant à la nature des lieux, fera défaut à la diffamation proférée dans les coulisses d'un théâtre, s'il est interdit au public d'y pénétrer, l'outrage à la pudeur, dans les mêmes conditions, sera presque toujours public, du seul fait que des tiers, acteurs ou employés, auront pu l'apercevoir.

Les édifices culturels sont des lieux publics tant au point de vue de l'outrage à la pudeur que de la diffamation. Cependant une sacristie, accessible au public sans lui être destinée, qui n'est donc pas un lieu public au sens de l'article 23 de la loi de 1881, l'est très certainement pour l'application de l'article 330 du Code pénal.

En ce qui concerne les locaux des administrations publiques, nous avons vu, pour la diffamation, qu'il fallait considérer l'usage auquel ils étaient affectés. Ainsi doivent être qualifiés publics : les salles de mairie, de préfecture ou de ministère, les bureaux de perception ou d'enregistrement, les salles des pas-perdus ou d'audience des palais de justice et les couloirs qui y conduisent. La publicité de l'outrage à la pudeur commis dans de tels lieux est également évidente. Mais les propos diffamatoires proférés dans des pièces fermées au public, comme les chambres du conseil ou les salles réservées aux avocats, se trouvent dépourvus de toute publicité inhérente aux lieux. S'agissant au con-

traire d'un outrage à la pudeur, la publicité du délit résultera suffisamment de ce qu'un nombre plus ou moins grand de personnes auraient pu en être témoins.

La question paraît avoir soulevé plus de difficultés relativement aux débits de boissons, hôtels ou restaurants. Les parties de ces établissements, destinées au public, comme la salle à consommer du débit ou la salle à manger de l'hôtel ou du restaurant, sont sans aucun doute des lieux publics, et ce aussi bien à l'égard de l'outrage à la pudeur que pour la diffamation. Quant aux dépendances réservées au service, il a paru impossible d'en faire des lieux publics au point de vue de la loi de presse. Mais il ne semble pas y avoir d'inconvénients à les considérer comme tels pour l'application de l'article 330, puisque le personnel de l'établissement, sinon la clientèle, peut y pénétrer à tout instant. Par contre, les chambres d'hôtel louées aux particuliers, la salle à manger réservée d'un restaurant, sont des lieux exclusivement privés, où l'outrage à la pudeur n'est susceptible de publicité qu'en raison des circonstances particulières du fait.

On voit, par ces quelques exemples, qu'il faut se garder d'assimiler la notion de lieu public retenue par la jurisprudence à titre d'élément de publicité de l'outrage à la pudeur, à celle admise en matière de délit de presse.

Il est certain qu'un lieu public au sens de l'article 23 précité le sera également pour l'application de la loi sur l'outrage public à la pudeur. Mais la publicité du lieu ne résulte pas, en ce cas, de sa destination au public. Il est parfois délicat de fonder le caractère public d'un lieu sur sa destination, surtout lorsqu'il s'agit de lieux où le public

ne peut pénétrer qu'à certains moments et sous des conditions déterminées. On rencontre en effet des hypothèses où il y a doute sur la nature du lieu et où il est difficile de savoir exactement, même d'après sa destination, si on a affaire à un lieu public ou à un lieu privé. Cependant, il est nécessaire, dans le cas d'une diffamation, de prendre parti sur le caractère du lieu et de rechercher la solution la plus conforme à l'esprit de la loi. S'il est question au contraire d'un outrage à la pudeur, on tournera sans peine la difficulté, puisqu'il n'est pas indispensable que le délit ait été commis dans un lieu public. Il suffira de se demander si l'acte délictueux pouvait être vu du public, non pas seulement parce que le public avait le libre accès du lieu, mais aussi en raison de toutes autres circonstances de fait.

En résumé, la publicité du lieu n'est pas une condition nécessaire à la publicité de l'outrage à la pudeur. Il est seulement possible de la considérer comme un élément de fait permettant de présumer la publicité du délit. Et, lorsqu'on l'invoque à ce titre, elle résulte de la simple possibilité pour le public de pénétrer dans le lieu, que ce dernier lui soit destiné au non.

C'est pourquoi la distinction, en cette matière, des lieux publics par destination ne présente aucun intérêt doctrinal et n'offre guère d'avantages pratiques. Elle n'a pas en tous cas la même portée que pour les délits de presse. (8).

Sa seule utilité semble tenir à la présomption de publicité, d'ailleurs contestable, que la jurisprudence attache à l'outrage commis dans un lieu public.

(8) GARÇON, *op. cit.*, art 330, N° 73.

Il serait ainsi plus facile de fonder la publicité du délit sur la publicité du lieu que sur toutes autres circonstances. Il suffit, en effet, de constater que le délit a été commis dans un lieu public, sans qu'il soit nécessaire, comme dans les autres cas, d'articuler les faits précis constitutifs de la publicité. Mais il ne faudrait pas se laisser séduire par la facilité plus apparente que réelle de cette solution. On rencontrera souvent, nous l'avons dit, plus de difficultés à établir le caractère public du lieu que celui du délit. Il convient donc plutôt, dans chaque espèce particulière, de se rappeler le principe qui domine toute la matière en vertu d'une jurisprudence maintenant constante, savoir que le fait est public lorsqu'il a été vu ou pouvait l'être. Si le lieu du délit bénéficiait, par sa nature ou sa destination, d'une publicité propre, indiscutable, il sera difficile de contester que le fait pouvait être vu. Mais la solution serait la même s'il était prouvé que le public avait le libre accès du lieu, bien que ce dernier ne lui fût pas destiné, c'est-à-dire que le lieu se trouvait public en fait.

S'il n'y a pas grande utilité à tenir spécialement compte ici des lieux publics par destination, à plus forte raison est-il superflu d'accorder un intérêt quelconque à des lieux qui ne seraient publics que par accident. Les motifs qui nous interdisent d'admettre une publicité accidentelle des lieux en matière d'outrage à la pudeur sont ceux qui nous l'ont fait écarter de la théorie des lieux publics étudiée à propos des délits de presse. Une telle publicité exige la présence effective et non plus simplement possible d'un public. On conçoit ainsi que l'influence du lieu par sa nature se trouve considérablement amoindrie. Ce n'est plus la nature

du lieu qui détermine cette publicité, mais les circonstances particulières du fait, et notamment la présence réelle d'un public.

- Ce sont ces circonstances de publicité du délit, indifférentes à la nature du lieu où il est commis, que nous allons examiner maintenant.

Etudier les circonstances par lesquelles le délit est réputé commis publiquement, quoique dans un lieu privé, c'est rechercher dans quelles conditions l'outrage à la pudeur, malgré le caractère privé du lieu, est susceptible néanmoins de s'offrir en spectacle au public. Ici encore les arrêts reconnaissent au lieu une influence déterminante sur la publicité de l'infraction, non plus en raison de sa nature, mais par sa disposition matérielle.

§ 2. — INFLUENCE DU LIEU PAR SA DISPOSITION

Le rôle joué par la disposition des lieux dans la publicité de l'outrage à la pudeur a été prévu en termes formels par les arrêts, qui visent, à côté des lieux publics, les lieux « accessibles aux regards du public. »

Nous avons envisagé, en étudiant la publicité de droit d'après la loi de presse, une hypothèse analogue, où il s'agissait soit de propos proférés dans un lieu privé et entendus dans un lieu public, soit d'écrits exposés dans un lieu privé et aperçus d'un lieu public. Nous avons admis que la profération, ou l'exposition, devait être considérée comme réalisée dans le lieu public lui-même, à la condition que son auteur ait eu la volonté de publier ses paroles ou ses écrits au dehors. Et on peut se demander s'il n'y a pas dans l'ex-

pression « accessibles aux regards du public », employée par la jurisprudence en matière d'outrage à la pudeur, une réminiscence des termes « exposés aux regards du public », dont se sert l'article 23 de la loi de presse et qui justifient la solution donnée à notre hypothèse.

Toutefois, en ce qui concerne l'outrage à la pudeur, la question ne doit pas être résolue d'une manière absolument identique. On a pu assimiler les propos proférés dans un lieu privé et entendus dans un lieu public à ceux dont la profération était commise dans le lieu public lui-même, parce que ce n'est pas le lieu où se trouve leur auteur qu'il faut le plus considérer, mais celui où ils ont été entendus.

Comme il n'est pas nécessaire, en matière d'outrage à la pudeur, que l'acte immoral ait été accompli dans un lieu public, il n'est pas indispensable non plus que ses spectateurs possibles se soient trouvés dans un lieu public. Nous aurons donc à envisager deux situations : celle des lieux privés exposés à la vue de personnes fréquentant un lieu public voisin; celle des lieux privés où le regard d'un spectateur placé à l'extérieur, mais dans un autre lieu privé, peut accéder librement. On comprend, en effet, que les deux situations ne puissent comporter les mêmes conséquences au point de vue de la présomption de publicité susceptible de s'attacher au délit.

En ce qui concerne les édifices privés *voisins d'un lieu public par nature*, on a décidé, sans difficulté, qu'ils participaient du caractère de ce dernier, quand il était possible au public de voir ce qui se passe à l'intérieur (9); c'est en somme et avec juste raison leur appliquer la même règle

(9) Cr. 28 novembre 1861, D. 62. 5. 29.

qu'aux abords ouverts des lieux publics. L'accès du lieu public étant continuellement libre, si les tiers qui le fréquentent sont exposés à devenir témoins de l'acte obscène accompli dans le lieu privé, cet acte sera nécessairement public, alors même qu'il n'aurait été vu de personne.

Dans cette catégorie de lieux privés, on doit comprendre la plupart des maisons particulières construites en bordure de la voie publique, ainsi que les cours, jardins et autres lieux clos situés à ses abords. Est donc public l'outrage à la pudeur commis, au rez-de-chaussée d'une habitation, dans une chambre dont la fenêtre, ayant vue sur la rue, est ouverte ou démunie de rideaux, voire munie de rideaux insuffisants. La publicité serait encore réalisée, quand même le fait aurait lieu dans une chambre d'étage, s'il était possible aux passants de voir ce qui se commet à l'intérieur. Il faudrait juger ainsi de l'acte impudique accompli dans un jardin, dont la clôture, trop basse ou à claire-voie, serait un obstacle insuffisant aux regards des personnes pouvant circuler sur un chemin ou sentier voisin.

Mais on doit se garder de toute exagération dans ce sens. Il est évident que l'outrage à la pudeur perdra son caractère de publicité s'il se trouve, en fait, un obstacle quelconque susceptible de le dissimuler aux vues. Tel est le cas de celui qui se produirait dans une pièce dont les ouvertures sur la voie publique seraient convenablement obstruées, ou dans un endroit de la pièce inaccessible aux regards du public. Il en serait de même si le fait avait lieu dans un jardin où les regards du public, quoique pouvant pénétrer au delà de la clôture, rencontreraient un obstacle suffisant sous forme de buissons, feuillages ou autres couverts.

L'obscurité résultant de ce que l'acte obscène est accompli la nuit paraît être une circonstance également capable de lui enlever tout caractère de publicité (ce qu'on ne saurait admettre s'il était commis dans un lieu public). Du moment où l'obscurité empêche les passants de voir à l'intérieur du lieu privé, il ne peut plus être question de publicité. C'est donc à bon droit que M. GARÇON considère comme inacceptable la doctrine d'une Cour d'Appel consacrant la solution contraire. (10). Il s'agissait d'un fait immoral commis, la nuit, dans un atelier dont la fenêtre donnait sur un chemin public, et que l'arrêt déclara public « parce qu'il eût suffi à un passant de projeter l'éclat d'une lampe sur cette ouverture » pour en être témoin. Certes, dans le cas bien improbable où l'hypothèse envisagée par l'arrêt se fût produite, la publicité eût été réalisée, mais comme résultant de la présence du témoin et non pas en raison de la disposition des lieux.

En somme, si la situation du lieu privé crée, dans une certaine mesure, une présomption de publicité, la preuve contraire la fera parfois disparaître, à condition, dit la Cour de Cassation « que les circonstances exclusives de la publicité soient mises en relief par l'arrêt. » (11).

La question se présente assez différemment lorsqu'il s'agit de lieux privés, où les regards des tiers peuvent encore pénétrer de l'extérieur, mais en supposant le spectateur placé lui-même *dans un autre lieu privé*.

Si le législateur de l'article 330 avait eu l'intention d'assurer simplement la décence dans les lieux publics, il n'eût

(10) Grenoble, 2 décembre 1897, Rec. Grenoble 98. 200.

(11) Cr. 11 novembre 1869, D. 70. 5. 30.

pas été nécessaire de rechercher les outrages à la pudeur commis dans les lieux privés autres que les lieux publics eux-mêmes ou les lieux privés participant de leur nature. Mais nous savons que la loi, poursuivant un but plus élevé — protéger le sentiment de pudeur des individus, — doit avoir une portée plus considérable. Quel que soit le caractère du lieu, si, de l'extérieur, il est possible aux particuliers d'apercevoir fortuitement le fait impudique qui s'y commet, en sorte que leur pudeur en puisse être offensée, le délit est légalement constitué. Il semble toutefois que le caractère strictement privé des lieux affaiblisse considérablement, jusqu'à l'effacer en bien des cas, la présomption de publicité que leur disposition même peut attacher au délit.

Le juge chargé de se prononcer sur la publicité de l'outrage, en pareil cas, doit considérer les circonstances particulières de l'espèce et ne pas omettre de spécifier avec soin celles dont il croit pouvoir s'autoriser pour reconnaître le caractère public du délit.

On rencontre une application fréquente de ces règles à propos des habitations où demeurent plusieurs personnes, propriétaires ou locataires. Les cours ou jardins, les couloirs ou escaliers, communs à plusieurs appartements, offrent déjà, par leur nature propre, un certain aspect de publicité restreinte; le seul caractère commun de ces lieux suffirait donc à établir la publicité de l'acte obscène qui s'y commettrait. Un tel acte, s'accomplissant dans les chambres ou locaux qui présentent des ouvertures non closes sur ces mêmes lieux, est encore susceptible de publicité, du fait de la présence éventuelle de tiers dans le lieu commun; mais le juge devra préciser les conditions dans lesquelles il était

possible à ces tiers de l'apercevoir. Par exemple, il ne suffirait pas de déclarer que le délit a été commis dans une pièce dont la fenêtre s'ouvrait sur une cour commune ; il serait indispensable de spécifier qu'à la même heure d'autres habitants de la maison pouvaient y circuler, qu'aucun obstacle n'aurait masqué le fait à leurs regards et que leur attention se fût portée sur lui normalement.

Il a été jugé en ce sens que la publicité est insuffisamment caractérisée par les seules constatations que la porte du logement où le prévenu s'était livré à des actes indécents n'était pas fermée à clef, que la maison était occupée par plusieurs locataires et que, selon un usage établi, ceux-ci pouvaient pénétrer à l'improviste dans le dit logement. (12).

Mais lorsque les circonstances particulières du fait, articulées avec précision, sont caractéristiques de la publicité, l'article 330 s'applique incontestablement. Les décisions qui affirment la publicité de l'outrage à la pudeur, dans les hypothèses de ce genre, sont conformes à la doctrine générale de la Cour suprême. Des arrêts l'ont parfois méconnue. Dans une espèce, citée par M. GARÇON, un individu qui se livrait à un acte obscène, en plein jour et la fenêtre de sa chambre ouverte au large, avait été aperçu d'une maison voisine. La Cour de Bordeaux nia la publicité de l'outrage à la pudeur ainsi commis, lequel, accompli dans un lieu privé, n'avait pu être vu que d'un autre lieu privé, « sans qu'il y eût de lieu public intermédiaire. » Mais la Cour de Cassation annula cette décision, en se référant aux principes posés par elle en la matière, et déclara expressément

(12) Cr. 23 février 1905, D. 1905. 1. 127.

« que l'existence de ce lieu public intermédiaire n'était point essentielle. » (13).

§ 3. — CAS PARTICULIER : VOITURES ET WAGONS

Les difficultés qui se sont élevées à propos de lieux offrant un caractère spécial, les voitures et wagons, nécessitent qu'on leur consacre un examen particulier.

Qu'il s'agisse de voitures publiques ou de voitures privées circulant sur la voie publique, la publicité de l'outrage accompli dans de tels lieux semble procéder tantôt de leur nature, tantôt de leur disposition.

Une jurisprudence ancienne, approuvée par plusieurs auteurs, paraît avoir attaché beaucoup d'importance à la nature même des voitures et wagons, considérés par certains arrêts comme des lieux publics, par d'autres comme des lieux privés. (14). On retrouve, à l'origine des controverses agitées à ce sujet, la tendance à faire jouer, en matière d'outrage à la pudeur, les principes empruntés à la publicité des délits de presse. On a vivement discuté, à propos de ces délits, le point de savoir si une voiture publique devait être considérée comme un lieu public par destination; et l'on a prétendu qu'en station elle l'était très certainement, mais qu'en marche elle ne pouvait plus être publique que par accident.

(13) Cr. 7 avril 1859, D. 59. I. 239.

(14) Cpr. D. Rep. v° attentats aux mœurs, N° 71 et suiv., et Sup. v° attentats aux mœurs, N° 18; BLANCHE, *Etudes pratiques sur le Code pénal*, t. 5, 79; CHAUVEAU et FAUSTIN HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, t. IV, N° 1519; GARRAUD, *op. cit.*, t. IV, 447, note 15 et t. V, 1811, note 19.

Etant donné les principes actuellement admis en jurisprudence sur la publicité de l'outrage à la pudeur, il n'y a pas lieu de se préoccuper de ces distinctions. Le problème revient toujours à se poser la seule question: le fait indécent pouvait-il être vu ? C'est la solution de cette question qu'on trouve consacrée maintenant dans les arrêts.

Ainsi doit être considéré comme public l'outrage commis dans un fiacre ou taxi stationnant sur la voie publique, mis par conséquent à la disposition du public, et où toute personne peut éventuellement prendre place. Il en est de même si l'acte impudique est accompli dans un wagon arrêté ou remisé dans une gare, alors que les voyageurs ou les employés peuvent s'y introduire librement. Il importerait peu, dans ces hypothèses, que le fait n'ait pas été visible de l'extérieur. Il suffit que des tiers aient eu la possibilité de pénétrer dans la voiture ou dans le wagon.

Par contre, la Cour de Cassation a jugé que la publicité était insuffisamment constatée par les juges du fait qui déclaraient public l'outrage commis dans une voiture circulant sur la voie publique, sans préciser que l'acte impudique avait pu être aperçu des passants. (15). Mais la publicité est incontestable si l'on peut voir du dehors les faits immoraux qui ont lieu à l'intérieur des voitures, wagons, tramways, etc., quand même ces véhicules seraient en marche. Il est à noter d'ailleurs que les règlements obligent les Compagnies de chemins de fer à n'utiliser que des voitures où les voyageurs d'un compartiment aient la faculté de voir ce qui se passe dans le compartiment voisin. Quel que soit le dispositif adopté à cet effet, ouvertures pratiquées

(15) Cr. 26 mai 1853, D. 53. 3. 31.

dans les cloisons ou habituellement couloirs faisant communiquer les compartiments, les voyageurs peuvent ainsi exercer entre eux une sorte de surveillance mutuelle ; la publicité des outrages accomplis dans les wagons d'un train en marche en est d'autant moins douteuse.

Le caractère strictement privé d'un véhicule circulant sur la voie publique n'apporte aucune dérogation à la règle ; il suffit que l'acte indécent qui s'y commet soit visible de l'extérieur.

Il a encore été jugé que les faits immoraux accomplis à l'intérieur d'une voiture automobile, dans une forêt, constituaient le délit d'outrage public à la pudeur, motif pris de ce que des tiers passant à proximité auraient pu les apercevoir. (16).

En résumé, la jurisprudence n'attache plus aucune signification au caractère public ou privé des véhicules dans lesquels se produisent des outrages à la pudeur. Que ces véhicules soient accessibles au public lui-même et que la publicité de l'outrage tienne à leur nature, ou qu'ils soient seulement accessibles aux regards du public et que cette publicité résulte de leur disposition, peu importe. Il suffit de se demander si le fait pouvait être aperçu du public et dans l'affirmative spécifier comment.

(16) Cr. 18 juillet 1930, D. H. 462.

Section II

Présence d'un public

Dans les situations envisagées jusqu'ici, les lieux ont exercé une influence déterminante sur l'existence de la publicité, soit qu'elle fût inhérente à leur nature, soit qu'elle résultât de leur disposition. Mais, quelque importance qu'on doive leur reconnaître, il ne faut pas leur attribuer un rôle exclusif. Une jurisprudence ancienne, subissant l'influence d'idées fortement inspirées par la publicité qui régit les délits de presse, a pu considérer le lieu comme le véritable critère de la publicité de l'outrage à la pudeur. Mais le lieu n'est plus depuis longtemps, pour les arrêts rendus sur cette matière, qu'un simple facteur de publicité.

Dans bien des hypothèses, en effet, il sera impossible de rattacher la publicité de l'infraction à des circonstances de lieu. Ce sont cependant les cas où la pudeur des individus aura été le plus directement exposée à l'outrage. Il s'agit en effet des actes immoraux commis dans des lieux où se trouvent effectivement d'autres personnes. La publicité se réalisera ici, non plus par l'éventualité de regards venant de l'extérieur, mais par la présence des spectateurs possibles dans le lieu privé lui-même. C'est ce dernier élément de publicité qu'il convient d'examiner maintenant.

Nous avons vu que dans l'article 23 de la loi de presse, il était aussi question d'une publicité tenant à la présence d'un public, indépendamment de circonstances de lieu. Mais cet élément de publicité n'était envisagé que sous la forme déterminée d'une réunion publique. La publicité de l'ou-

trage à la pudeur n'étant astreinte à aucune règle de droit admet une notion beaucoup plus large de public.

La présence de public dans un lieu privé peut se présenter ici sous deux aspects différents: ou bien ce sera la simple présence dans le lieu privé de tiers susceptibles de devenir éventuellement témoins du fait; ou bien ce sera l'assistance de tiers à l'accomplissement du fait dont ils se trouvent ainsi les témoins effectifs. Ces deux situations sont également constitutives de publicité, puisque la jurisprudence admet que l'outrage est public, non seulement s'il a été vu, mais encore s'il pouvait l'être.

§ 1^{er}. — PRÉSENCE D'UN PUBLIC
SOUS FORME DE TÉMOINS ÉVENTUELS

Le seul fait que d'autres personnes sont présentes dans le lieu où est commis l'acte obscène, emporte publicité de l'outrage, si toutefois ces tiers ne se trouvent pas là dans le but de prendre volontairement part au spectacle de l'acte obscène ou de se livrer eux-mêmes à des actions impudiques.

Bien entendu, l'application de la loi est subordonnée à une condition de principe: que le fait ait pu être vu des personnes sur la présence desquelles se fonde sa publicité. Si essentielle, d'ailleurs, que soit cette condition, la jurisprudence a pu lui donner une interprétation assez large. En accomplissant l'acte obscène dans un lieu où se trouvent des tiers, son auteur affiche un mépris particulièrement révoltant de la pudeur d'autrui. Aussi lui fait-on le sort le moins favorable en l'obligeant à rapporter la preuve qu'il ne pouvait être vu.

Il a été ainsi jugé qu'il y avait outrage public à la pudeur dans les faits immoraux accomplis à l'intérieur d'une prison par des détenus, alors qu'ils pouvaient être aperçus par le personnel ou les autres détenus (17). De même, il a été décidé que l'article 330 s'appliquait aux outrages commis à l'intérieur d'un hôpital, en raison du nombre plus ou moins grand de tiers qui y circulent ou y habitent (18). Il n'est pas douteux non plus que la présence d'élèves externes ou internes dans une école soit une circonstance suffisante pour caractériser la publicité d'un outrage à la pudeur (19).

Toutefois il semble, dans ces hypothèses, que la jurisprudence ait vu plutôt le caractère accidentellement public du lieu que la publicité du délit lui-même. Il y a là une erreur manifeste, qui explique d'ailleurs les difficultés plus sérieuses soulevées à propos de la deuxième situation : celle où des témoins ont effectivement pris part au spectacle de l'acte obscène accompli dans une lieu rigoureusement privé.

§ 2. — PRÉSENCE D'UN PUBLIC SOUS FORME DE TÉMOINS EFFECTIFS

Si l'on ne perd pas de vue le but de la loi, qui est de protéger le sentiment de pudeur des individus partout où il peut se trouver offensé, on comprend mal les hésitations de la jurisprudence à admettre une publicité de l'outrage commis devant témoins dans un lieu privé. Il semble en effet difficilement acceptable qu'un tel outrage échappe

(17) Trib. Auch, 19 juin 1868, D. 68. 3. 76.

(18) Alger, 25 avril 1879, S. 80. 2. 83.

(19) Trib. Chartres, 31 janvier 1872, D. 72. 3. 79.

aux rigueurs de la loi, tandis qu'elle est appliquée à celui qui, accompli dans un lieu public, en dehors de tous témoins, n'a effectivement offensé la pudeur de personne.

Que les témoins de l'acte impudique se soient trouvés dans le lieu privé, y soient entrés fortuitement ou y aient été appelés, le seul fait de leur présence paraît susceptible de réaliser la publicité du délit. On rencontre cependant sur ce point, en jurisprudence, des controverses assez vives.

Certains arrêts ont nié le caractère public de l'outrage accompli en présence de témoins, mais dans un lieu clos et privé, où nul n'aurait pu voir de l'extérieur ce qui se passait. C'est ce qui a été jugé dans un cas où le témoin unique de la scène immorale était entré pour un motif particulier, dans le lieu clos, une chambre, où on l'avait appelé pour faire des commissions (20). On ne devait pas conclure que la pudeur du public eût été offensée de ce que la pudeur de cette personne avait pu l'être. Une Cour d'appel, statuant en ce sens dans une espèce analogue, précisait que l'article 330 n'était pas applicable, « attendu que le fait avait été accompli dans une pièce dépendant de l'habitation du prévenu et qu'il n'était pas établi qu'il ait pu être aperçu de l'extérieur » (21).

Il semble bien que ce soit toujours la même erreur, consistant à fonder la publicité de l'outrage sur la seule publicité du lieu, qu'on retrouve à la base de ces décisions.

Cependant cette interprétation restrictive de la loi, limitant son application aux outrages commis dans les lieux

(20) Cr. 20 avril 1869. S. 70. 1. 48.

(21) Douai, 15 mai 1872. D. 73. 2. 176.

publics ou dans les lieux privés accessibles aux regards du public, a été abandonnée par la Cour de Cassation dans des arrêts ultérieurs. Les décisions les plus récentes de la jurisprudence affirment au contraire la publicité de l'outrage accompli dans un lieu rigoureusement clos, s'il a été offert en spectacle à des tiers.

Ce revirement dans la doctrine de la Cour suprême s'est manifesté clairement à propos de l'affaire Ponce, une espèce restée célèbre comme toutes celles qui semblent marquer une étape en jurisprudence (22). Une femme et sa fille âgée de quatorze ans avaient subi la lubricité d'un individu, dans une écurie où celui-ci s'était introduit nuitamment. L'auteur du fait, un nommé Ponce, fut poursuivi seulement pour délit d'outrage public à la pudeur, bien que les actes dont ils s'était rendu coupable aient constitué de véritables crimes d'attentats à la pudeur. Un pourvoi ayant été formé pour qualification inexacte des faits, l'avocat général Lacoïnta soutint, devant la Cour de Cassation, que le délit d'outrage public à la pudeur n'était pas constitué; et il invoquait le défaut de publicité, motif pris de ce que les actes obscènes n'avaient pu être aperçus de l'extérieur. Mais la Cour rejeta le pourvoi. Elle admit comme élément suffisant de publicité la présence des deux femmes, considérant que chacune avait été successivement témoin des faits immoraux dont l'autre était victime. Et l'arrêt précisait « qu'il importait peu que ce spectacle leur ait été donné à l'intérieur d'un local où elles se trouvaient réunies; qu'aucune différence ne saurait être établie entre ce cas et celui où l'une des deux, venant du dehors, aurait

(22) Cr. 4 août 1877. D. 78. 1. 287.

été inopinément frappée des actes immoraux commis sur l'autre au dedans ».

La Cour suprême posait ainsi le principe que l'outrage accompli dans un lieu privé est rendu public par l'assistance de témoins. Les arrêts, par la suite, ont affirmé ce principe en de nombreuses occasions. Certains sont même allés très loin; l'un déclare notamment l'article 330 applicable à un outrage commis dans un lieu exclusivement privé, en présence d'un seul témoin « qui, s'il ne l'avait pas vu, en avait eu du moins la connaissance certaine » (23). Il n'y a pas lieu, en effet, de limiter à la perception oculaire les moyens permettant au témoin d'avoir une connaissance suffisante du fait. Si l'on se rappelle que le but de la loi est de protéger le sentiment de pudeur et de moralité profonde des particuliers, on admettra sans difficulté que la publicité de l'outrage résulte de la présence de témoins même non oculaires. Peu importe la façon dont le fait a été perçu par le témoin. Il suffit que celui-ci n'ait pu se méprendre sur la nature de l'acte accompli en sa présence, au point que son sentiment de pudeur en ait été gravement froissé.

En admettant que la publicité de l'outrage, commis dans un lieu privé et clos, soit réalisée par la présence d'un seul témoin, même non oculaire, la jurisprudence semble avoir donné le sens le plus étendu à la notion de publicité. Il ne paraît pas possible, en effet, d'aller plus loin. On doit reconnaître d'ailleurs que cette large interprétation se justifie pleinement. Conforme à l'esprit de la loi, elle satisfait au mieux les nécessités de la répression.

(23) Cr. 15 mai 1879. D. 79. 5. 30.

On conçoit cependant à quels abus pourrait conduire une application trop systématique de la théorie jurisprudentielle. Un pareil système, pris à la lettre, exposerait les particuliers à des recherches indiscrètes dans l'intérieur même de leurs foyers. Si l'intérêt général peut commander parfois d'entreprendre de telles recherches, fût-ce au préjudice des familles, on risque aussi de provoquer, par des excès, les susceptibilités les plus légitimes.

C'est pourquoi la jurisprudence a subordonné l'application de sa doctrine à deux conditions :

1° Que l'outrage ait été vu par le témoin à défaut de précautions suffisantes prises par son auteur pour le tenir caché ;

2° Que le témoin n'y ait pas assisté volontairement.

Ces deux points méritent quelques explications.

A. — *Absence de précautions suffisantes*

Le principe que l'absence de précautions suffisantes, pour dissimuler l'outrage au témoin, conditionne la publicité, a été affirmé par la Cour suprême dans son arrêt sur l'affaire Ponce. La jurisprudence a toujours persisté dans l'exigence de cette condition. « En admettant, dit un arrêt statuant sur des faits d'outrages à la pudeur, que ces actes eussent échappé aux regards des personnes présentes, autres que la victime, ils auraient pu être vus par elles, aucune précaution n'ayant été prise pour le leur cacher. » (24).

(24) Cr. 4 mars 1880. D. 89. 1. 433, et Cr. 10 novembre 1932. D. 1933. 1. 133.

De même, le fait que le témoin ait pu pénétrer à l'improviste et par des voies d'accès normales, sans escalade ni effraction, dans le lieu où se commettait l'outrage, suppose une coupable absence de précautions de la part de son auteur. C'est ce qu'a jugé un arrêt appliquant l'article 330 à un homme et à une femme surpris dans une attitude obscène, alors que la porte du local était simplement fermée au loquet et non pas à clef (25). L'outrage, au contraire, ne serait pas public, dans le cas où son auteur, ayant pris soin de s'enfermer d'une façon normalement efficace, serait surpris par un tiers qui aurait forcé la porte. Car ce qui fait la culpabilité de l'agent c'est moins d'avoir été vu, ce qui ne dépend pas ici de sa volonté, que d'avoir négligé de se cacher, ce dont il devait toujours être soucieux. Est donc coupable celui qui s'est laissé surprendre à la faveur de circonstances qu'il pouvait facilement prévoir et qu'il ne s'est pas préoccupé d'éviter; son insouciance, en effet, révèle un mépris complet de la pudeur d'autrui.

Mais il ne faut pas être non plus trop exigeant sur les précautions nécessaires pour faire disparaître la faute. Il y a là une question de fait laissée à la prudente appréciation du juge.

B. — *Témoin involontaire*

Les conditions requises en la personne du témoin doivent retenir davantage notre attention, car on rencontre à leur sujet certaines difficultés. Nous essaierons de répondre à deux ordres de questions:

(25) Limoges, 1^{er} avril 1887. D. 90. 2. 24.

Qu'est-ce qu'un témoin?

Qu'est-ce qu'un témoin involontaire?

Et d'abord qui doit-on considérer comme témoin ? Il convient de remarquer en premier lieu que la loi entend protéger la pudeur de tout le monde. A la différence de la loi correctionnelle des 19-22 juillet 1791 qui incriminait seulement l'outrage à la pudeur des femmes, l'article 330 du Code pénal reprime l'outrage à la pudeur publique. Il n'y a donc pas à tenir compte du sexe du témoin.

Il ne semble pas non plus qu'on doive attribuer une influence quelconque au degré de moralité du témoin. La perversité d'un individu n'efface jamais complètement en lui tout sentiment de pudeur. Quand même un acte obscène n'aurait eu pour témoins que des prostituées, s'il était établi qu'elles aient assisté involontairement à son accomplissement, le délit serait constitué.

Plus important à considérer est le degré de compréhension du témoin. Il est évident qu'on ne peut retenir comme témoin celui qui est incapable de comprendre ce qui se passe sous ses yeux. En présence d'un individu suspect de cette incapacité, il appartient au juge d'apprécier en toute souveraineté la mesure de son entendement.

S'il s'agit d'un enfant en très bas âge, la question sera facile à résoudre. « Mais il nous paraît certain, écrit M. GARÇON, qu'il n'est point nécessaire que l'enfant ait compris la nature et la portée de l'acte dont il a été rendu témoin, il suffit que sa pudeur ait été blessée, qu'il ait senti que l'acte était immoral. Nous irions même plus loin et l'outrage serait constitué, selon nous, si le spectacle offert à ses regards avait éveillé et pu pervertir son ima-

gination. » (26). Cette opinion mérite une entière approbation. On serait tenté de croire qu'elle conduit en pratique à d'insurmontables difficultés. En réalité, un habile interrogatoire de l'enfant éclairera la plupart du temps le juge d'une manière satisfaisante. On ne rencontrera de véritable impossibilité d'appréciation qu'avec des enfants que l'âge ne permet pas d'interroger utilement. Quoique le sentiment de pudeur puisse être déjà vif chez certains de ces jeunes êtres, il paraît préférable de leur refuser le caractère de témoin.

Pas plus que le jeune âge, l'aliénation mentale ne supprime nécessairement toute aptitude à être témoin. La conscience morale, en particulier le sentiment de pudeur, subsiste dans de nombreuses formes de l'aliénation. L'aliéné, dont le degré d'inconscience n'est pas tel qu'il le rende incapable de tout discernement sur la nature du fait accompli en sa présence, doit être considéré comme un témoin véritable.

On voit quelle large signification il convient de donner à la notion de « témoin ». On est loin du sens légal qui suppose remplies des conditions déterminées d'âge, de sexe ou de capacité. Ici tout s'apprécie en fait, la qualité de témoin d'un individu comme le caractère public d'un lieu.

Il est également certain que la présence d'un seul témoin suffit pour caractériser la publicité d'un outrage à la pudeur. Toutefois la jurisprudence n'est pas unanime sur ce point. La Cour de Cassation, suivie, semble-t-il, par la majorité des Cours d'appel et Tribunaux, consacre l'af-

(26) *Op. cit.*, art. 330, N° 101.

firmative. Mais certaines décisions ont refusé de voir dans un témoin unique l'élément suffisant de publicité. C'est ce qu'exprime nettement l'arrêt d'une Cour d'appel, relaxant du chef d'outrage public à la pudeur un individu qui s'était livré à un acte obscène, en présence d'un enfant, témoin unique, dans une chambre fermée à clef (27). Cette doctrine est des plus discutables. Ou bien on admet la publicité de l'outrage commis devant témoins dans un lieu privé (c'est la solution qui paraît prévaloir en jurisprudence comme étant la meilleure interprétation de la loi); et dans ce cas la publicité n'est pas une question de nombre. Ou bien on nie le caractère public d'un tel outrage (mais nous savons les inconvénients de ce système); et on ne tient plus compte alors d'aucun témoin. Il ne peut exister de solution intermédiaire qui consisterait à faire dépendre la publicité du nombre plus ou moins grand de tiers spectateurs. Si la publicité de certains actes ressortissant au droit civil repose obligatoirement sur un nombre de témoins déterminé par la loi, celle de l'outrage à la pudeur, notion de fait, ne saurait s'accommoder d'aucune règle de ce genre.

Mais il ne suffit pas d'un témoin quelconque, encore faut-il un témoin involontaire. Que doit-on entendre par là?

Il est évident qu'on n'outrage pas la pudeur d'un individu qui prend part volontairement au spectacle de l'acte obscène.

Quand la publicité de l'outrage résulte suffisamment des circonstances de lieu, que le lieu fût public ou accessible

(27) Douai, 5 février 1901, D. 1902. 2. 171.

aux regards venant de l'extérieur, il est sans importance que le témoin soit volontaire; car ce qui fait la publicité de l'acte impudique ce n'est pas d'avoir été vu par ce témoin volontaire, c'est d'avoir pu l'être par d'autres personnes.

Ceux qui se sont associés à l'accomplissement du fait immoral n'en sont pas évidemment de véritables témoins.. Mais le consentement d'une personne à se prêter aux actions impudiques commises par une autre, n'exclue aucunement la publicité de l'outrage, s'il a pu être aperçu par des tiers. Le plus souvent d'ailleurs, celui qui participe ainsi volontairement à l'acte immoral sera considéré comme un co-auteur ou complice; son consentement ne saurait le soustraire aux poursuites exercées contre l'auteur principal, s'il est constant que lui-même a coopéré à l'action impudique offerte en spectacle à des tiers.

Lorsque, sans prendre part elles-mêmes à l'accomplissement du fait immoral, certaines personnes y ont simplement mais volontairement assisté, la jurisprudence estime ne pas devoir les considérer comme témoins. Il y a, en quelque façon, dans leur intention de voir se commettre le fait, une sorte de participation morale. Il est manifeste, en tout cas, que de semblables témoins, même en s'abstenant d'une action personnelle, ont renoncé à toute pudeur, puisqu'ils ont recherché le spectacle outrageant.

Les arrêts, cependant, ne se sont pas toujours accordés sur ce point. Certains, très discutés, ont admis comme élément de publicité la présence de véritables spectateurs volontaires (28). Mais, dans l'ensemble, la jurisprudence

(28) Aix, 21 novembre 1884, *J. des Parquets*, 86. 2. 14, arrêt universellement critiqué; et Cr. 14 avril 1892, D. 93. 1. 239.

refuse de tenir compte de semblables témoins. C'est avec juste raison d'ailleurs et les décisions dissidentes sont éminemment critiquables. En consacrant la publicité des outrages commis dans des lieux privés comme résultant de la présence de témoins, la jurisprudence a fait un pas considérable dans l'interprétation de la loi. On a reproché toutefois à cette doctrine extrême, ainsi qu'il a déjà été dit, d'aboutir à des conséquences que le législateur n'a certainement pas voulues. Il convenait d'y apporter des tempéraments. La jurisprudence y est parvenue en exigeant, d'une part, un minimum de précautions prises par l'agent; d'autre part, la qualité de spectateur involontaire chez le témoin. C'est à la seule condition d'appliquer strictement ce double principe qu'il est possible d'éviter les inconvénients signalés, « ne point atteindre, selon les termes de M. GARÇON, le vice que la loi laisse impuni, mais seulement le scandale qui s'affiche avec cynisme » (29).

Cependant plusieurs difficultés se sont élevées quant à la volonté du témoin.

Il est ainsi permis de se demander dans quelle mesure un enfant peut valablement consentir au spectacle d'un acte obscène (29 *bis*). Nous avons déjà envisagé la question: à quelles conditions l'enfant devient-il un témoin? Un autre problème se pose: comment l'enfant peut-il être un témoin volontaire?

Entre le très jeune enfant dont la pudeur ne saurait être offensée et les mineurs beaucoup plus âgés, capables d'as-

(29) *Op. cit.*, art. 330, N° 114.

(29 *bis*) Cr. 10 novembre 1932, D. 1933. 1. 133 et la note.

sister de leur plein gré à des spectacles immoraux, il existe une catégorie d'enfants d'âge intermédiaire pour lesquels on peut vraiment poser la question.

Il n'est pas douteux que le jeune âge affecte considérablement la validité du consentement chez le témoin volontaire d'un acte impudique. C'est l'idée qu'on trouve contenue dans l'article 331 du Code pénal, qui réprime « tout attentat à la pudeur consommé ou tenté sans violence sur la personne d'un enfant de l'un ou l'autre sexe, âgé de moins de treize ans ». Il est évident qu'un enfant aussi jeune ne possède pas un discernement suffisant pour faire acte de volonté véritable en s'associant à des faits immoraux. Mais si la loi prend soin de protéger l'enfant contre son propre consentement, lorsqu'il participe à l'action impudique, il n'en est rien s'il ne fait qu'assister à son accomplissement. Cependant on a souligné le caractère odieux des outrages qui ont pour témoins de jeunes enfants. La difficulté de sévir contre eux, tenant à l'insuffisance des textes, est donc particulièrement grave. On a essayé de la résoudre en appliquant au simple outrage les dispositions législatives concernant l'attentat à la pudeur et en distinguant selon que l'enfant aurait plus ou moins de treize ans. C'est ce qui a été fait notamment par un jugement dans lequel on relève, entre autres motifs : « Que la loi, dans les articles relatifs aux délits et aux crimes se rapportant aux mœurs, a voulu préserver les enfants contre les faiblesses de leur âge et de leur volonté, que c'est rentrer dans l'esprit de la législation à cet égard que de les protéger également contre les spectacles immoraux dont

ils seraient victimes ». Mais ce jugement a été infirmé en appel (30).

Il serait certes désirable qu'une disposition expresse de la loi incrimine spécialement les outrages commis devant des mineurs d'un certain âge, en dehors de toute considération de consentement. Mais, à défaut de texte, il ne paraît pas nécessaire de s'appuyer sur le principe posé par l'article 331. Rien n'empêche le juge, qui apprécie des faits, de statuer sur le consentement de l'enfant et de reconnaître ou non celui-ci comme un témoin involontaire.

Un problème identique pourrait se poser à propos du témoin volontaire aliéné et il semblerait qu'on doive le résoudre de la même façon que pour l'enfant, c'est-à-dire en fait. Mais, pratiquement, il paraît difficile de nier la validité du consentement chez l'aliéné, pour en faire un témoin involontaire, sans lui refuser en même temps le discernement indispensable pour qu'il fût simplement un témoin.

Une autre difficulté, relative également à la volonté du témoin, s'est encore, mais plus rarement, présentée. Il s'agit d'espèces où il paraît impossible de nier le caractère public de l'outrage, bien qu'il fût accompli dans un local privé, en présence d'un grand nombre de témoins incontestablement volontaires. C'est le cas des scènes indécentes présentées dans des théâtres et auxquelles les spectateurs, préalablement avertis de la nature du spectacle, ne sont admis que sur invitation personnelle (31). La publicité de

(30) Paris, 1^{er} mars 1888, D. 89. 2. 16, et (même référence) le jugement infirmé du Trib. de la Seine.

(31) Cf. affaire du Théâtre réaliste. *Revue des grands procès contemporains*, 1892, p. 51. Il ne faut pas confondre cette hypothèse avec celle plus fréquente, des spectacles indécents où, les spectateurs étant admis

l'outrage en raison du lieu étant écartée par le caractère rigoureusement personnel de l'invitation, il ne reste à envisager que la présence de témoins. Mais ces témoins, renseignés par avance sur la nature du spectacle qui leur est offert, sont, à n'en pas douter, de véritables témoins volontaires.

Cependant le caractère de scandale public, que la loi veut atteindre dans l'outrage à la pudeur, paraît bien réalisé ici. L'invitation au spectacle immoral lancée dans le public constitue déjà un défi manifeste à la conscience publique; et son caractère personnel et individuel ne lui enlève rien de ce qu'elle peut avoir d'odieux, dès lors qu'elle est adressée à un nombre considérable de personnes. Cet indéniable mépris de la pudeur d'autrui, ainsi affiché par les organisateurs et acteurs du spectacle outrageant, trouve sa manifestation complète dans la réalisation des scènes indécentes.

Toutefois, pour que ces dernières puissent mériter la qualification d'outrage public à la pudeur, il nous paraît nécessaire de prendre en considération certaines circonstances de fait.

Il faut d'abord tenir compte du nombre des spectateurs. Plus ceux-ci seront nombreux, moins il sera facile d'affirmer qu'ils étaient tous témoins volontaires. Car il nous semble encore indispensable — et c'est un autre point important à considérer — que certains spectateurs, même venus de leur plein gré au spectacle, se soient trouvés indignés de son impudicité. C'est pourquoi un dernier point

aux conditions habituelles, il ne saurait y avoir de difficulté quant à l'élément de publicité.

doit être vérifié: à savoir si les spectateurs, avertis au préalable de la nature du spectacle auquel ils étaient invités, ont été renseignés à ce sujet d'une manière suffisante, en sorte qu'ils n'aient pas pu légitimement s'offusquer des scènes qui leur étaient présentées. Il est enfin bien évident que la simple présence de spectateurs attirés seulement par leurs obligations professionnelles, comme les représentants de la presse, ne permet plus de mettre en doute la publicité des outrages. Si leur assistance au spectacle est spontanée, ces personnes ne sont pas sensées, en effet, s'y associer moralement.

§ 3. — HYPOTHÈSE PARTICULIÈRE:

VICTIME DE L'ATTENTAT A LA PUDEUR

Une hypothèse assez fréquente et sujette à controverses est celle où l'unique personne, dont la pudeur a été outragée, était à la fois la véritable victime d'un attentat et par là même le témoin involontaire de l'acte impudique. A défaut de tout autre élément de publicité, peut-on retenir contre le coupable le délit d'outrage public à la pudeur en invoquant la présence d'un témoin, la victime de l'attentat?

L'intérêt du problème est éminemment pratique. Souvent, en effet, les actes de lubricité commis sur une personne ne présentent pas une gravité suffisante pour mériter la qualification d'attentat à la pudeur et justifier une poursuite criminelle. Toutefois, pour ne pas laisser de tels faits impunis, on admet qu'ils constituent le simple délit d'outrage public à la pudeur. C'est un aspect de la correctionnalisation, cette pratique courante dont le but est de satis-

faire à l'opportunité de la répression, tout en atténuant les effets d'une législation trop rigoureuse, et qui consiste à sacrifier la gravité du châtement à la certitude de son application.

Mais s'il est facile de transformer en outrage un attentat à la pudeur qui comporte des éléments extrinsèques de publicité, on peut hésiter à faire de la victime le tiers dont la seule présence suffit à rendre le délit public. Quelques arrêts de Cours d'appel ont consacré l'affirmative (32). Considérant que la personne, victime d'un acte impudique auquel elle n'avait pas consenti, s'est trouvée blessée dans sa pudeur, les décisions dont s'agit ont fondé la publicité de l'outrage sur la présence de ce témoin involontaire.

Cependant la majorité des arrêts et notamment ceux de la Cour suprême, ont nié, dans cette hypothèse, l'existence du délit, les uns implicitement, les autres d'une manière expresse. Cette négative est sous-entendue dans l'arrêt Ponce, lorsqu'il prend soin de spécifier que chacune des deux femmes, en l'espèce victimes d'attentats à la pudeur, a été successivement témoin des actes de lubricité accomplis sur l'autre.

De même, dans la pratique de la correctionnalisation, les décisions ne manquent jamais de rattacher la publicité de l'outrage soit à la nature ou à la disposition du lieu, soit à la présence de témoins étrangers. Cette précaution ne serait pas nécessaire si la qualité de témoin était reconnue à la victime de l'attentat.

Enfin, plusieurs arrêts la lui ont expressément refusée. Il a été ainsi jugé que la condition de publicité n'est pas

(32) Limoges, 11 août 1898, *Rec. Limoges*, 98-99, p. 46.

remplie lorsque, les faits s'étant passés dans un lieu strictement privé, une seule et unique personne « dont la pudeur a pu être offensée, sans que celle du public le fût également », en a été à la fois la victime et le témoin involontaire (33).

En résumé, sauf pluralité de victimes, la jurisprudence la plus récente n'admet en aucun cas le cumul des deux qualités de victime et de témoin d'un acte immoral.

Cette doctrine s'appuie sur la différence d'objet des incriminations d'attentat et d'outrage public à la pudeur.

L'accusation d'attentat à la pudeur suppose une personne déterminée qui en est la victime. Au contraire, la prévention d'outrage public à la pudeur n'a pas pour but de réprimer l'atteinte individuelle à la pudeur de telle personne, parce qu'elle a été le témoin involontaire d'un acte obscène. Mais elle poursuit la réparation du scandale préjudiciable à la société, du fait qu'un public, fût-il réduit à un seul individu, s'est vu imposer un spectacle offensant la morale. C'est ce scandale par lequel le coupable manifeste son mépris de la pudeur publique, beaucoup moins que le préjudice particulier éprouvé par le témoin, qui crée le caractère délictueux du fait. Or, dans le cas où l'unique témoin est en même temps victime de l'attentat, l'acte impudique est dirigé contre la pudeur de cette personne seule et non contre celle du public, laquelle, en l'absence d'éléments extrinsèques de publicité, ne peut se trouver offensée. La jurisprudence en conclut l'impossibilité d'appliquer l'article 330 en pareille hypothèse, faute de publicité caractérisée (33bis).

(33) Cr. 16 juin 1906, S. 1909. 1. 418; 15 juin 1911, *J. des Parquets*, 2. 170, et 27 octobre 1932, D. 1933. 1. 133.

(33 bis) Cr. 27 octobre 1932, *loc. cit.*

Cette jurisprudence a été justement critiquée.

Le point de départ de son raisonnement est exact. La différence d'objet entre le crime d'attentat à la pudeur et le délit d'outrage public à la pudeur est très vraie. Dans chacune de ces incriminations le législateur obéit à des préoccupations distinctes. Il réprime les faits immoraux, par l'une, en tant qu'ils atteignent l'individu dans son intégrité corporelle, par l'autre, en considération du scandale résultant de leur publicité.

Mais dans le second terme de son raisonnement la jurisprudence est beaucoup plus discutable. On ne voit pas très bien pourquoi, après avoir admis que la publicité de l'outrage est réalisée par la présence d'un seul témoin dans le lieu clos, on refuse la qualité de témoin à la victime de l'attentat. Il ne semble pas exister de différence entre les deux situations, sinon qu'il s'ajoute, dans la seconde, une circonstance aggravante. Le seul changement qu'on puisse en effet relever dans l'hypothèse de l'attentat, c'est une immoralité plus profonde chez le délinquant. Du fait que celui-ci a donné pour objet à son activité criminelle une personne déterminée, de ce que l'acte impudique a été dirigé contre la pudeur de cette personne, la perversité de l'agent n'en paraît que plus dangereuse. Et cependant on lui ferait une situation plus favorable que s'il avait simplement négligé de dissimuler l'acte accompli sur lui-même ou sur un tiers. Le témoin serait protégé par la loi lorsqu'il surprend un coupable négligent, mais cesserait de l'être alors que sa pudeur a été directement attaquée et combien plus gravement outragée? Le scandale est pourtant le même dans les deux cas, sinon qu'il s'accompagne,

chez la victime de l'attentat, d'un trouble d'autant plus grand que la crainte personnelle est plus vive.

Il serait donc logique de conclure à la publicité de l'outrage en considérant la victime de l'attentat comme un témoin nécessaire mais suffisant de l'acte immoral. C'est tout au moins la solution qui s'impose, si l'on admet une publicité résultant de la présence d'un témoin unique dans le lieu privé et clos. Mais la jurisprudence ne présente pas sur ce point toute la fermeté désirable. Certaines décisions de Cour d'appel refusent d'établir la publicité de l'outrage sur la présence d'un public aussi restreint (34). Elles se fondent d'ailleurs sur le motif même invoqué contre la victime de l'attentat: la portée générale de la loi qui n'entend pas réprimer l'atteinte individuelle à la pudeur, mais le scandale d'une publicité outrageante. Il est logique, avec ce système, sans revenir sur ce qu'il offre d'inconvénient, de refuser la qualité de témoin à la victime de l'attentat.

Cependant, la Cour de Cassation, après avoir admis et maintenu le principe que la présence de témoins dans un lieu privé rend le fait public, ne semble pas avoir mesuré cette publicité d'après le nombre des témoins. Le principe étant admis, il faut l'appliquer jusque dans ses conséquences extrêmes: considérer un seul individu comme un public suffisant. C'est la doctrine suivie par une bonne partie de la jurisprudence. Mais alors cette jurisprudence est en contradiction avec elle-même quand elle exclut de la notion de public la victime de l'attentat.

(34) Douai, 5 février 1901, D. 1902. 2. 171.

*
**

La notion de publicité, dans le délit d'outrage à la pudeur, est donc particulièrement étendue. Partant du principe que l'outrage est public s'il a été vu ou pouvait l'être la jurisprudence admet tout un système de circonstances de fait constitutives de la publicité, qu'il est facile de résumer.

Il y a tout d'abord la publicité tenant à des circonstances qui rendent probable la publicité du délit. Ainsi l'outrage est public s'il a été commis dans un lieu où des tiers se trouvaient ou pouvaient se trouver. Dans le premier cas, il n'est pas besoin que le lieu soit accessible au public, mais il faut qu'il s'y soit trouvé en fait un certain public. Dans le second cas, il est nécessaire que le lieu soit accessible au public ou tout au moins à ses regards, mais il n'est pas indispensable qu'un public déterminé ait été présent.

La publicité du délit peut tenir enfin à des circonstances qui la rendent effective; ce sont les hypothèses où le fait a été commis en présence de témoins. La jurisprudence est allée très loin dans ce sens puisqu'elle admet qu'un seul témoin suffit.

Il ne semble pas qu'on puisse donner à la notion de publicité une interprétation plus large. La publicité de l'outrage à la pudeur nous fournit tous les éléments d'une notion de fait, et il est possible de s'y référer, soit pour en faire l'application pure et simple, soit pour en restreindre

dre la portée, toutes les fois que la publicité d'une infraction paraît devoir s'apprécier en fait.

Les deux notions de publicité étant ainsi connues, il importe maintenant d'étudier quelques hypothèses secondaires où cet élément apparaît encore.

CHAPITRE III

LA NOTION DE PUBLICITE DANS DIVERSES INCRIMINATIONS SECONDAIRES

Les deux types de publicité que nous venons d'étudier suffisent à caractériser la notion sous son double aspect de droit et de fait. Mais à côté des délits de presse, où nous avons trouvé les éléments de droit de la publicité, et de l'outrage public à la pudeur où se rencontrent les éléments de fait de cette notion, il existe des hypothèses secondaires d'infractions dont la publicité conditionne également l'incrimination.

Pour ne pas avoir la même importance que les précédentes qui résument à elles seules les deux aspects de la publicité, ces hypothèses n'en présentent pas moins un intérêt certain. Si, pour plusieurs, les controverses habituellement agitées en notre matière ne se rencontrent pas, ce n'est pas tant parce que le problème a été résolu sans difficulté que parce qu'il s'est posé plus rarement. Par contre, dans les cas où il a fait l'objet de discussions, c'est encore sur la question de la publicité appréciée en droit ou en fait que repose toute la difficulté.

Toutes ces hypothèses méritent un examen particulier, qui permettra pour les unes de rechercher la solution du problème, pour les autres d'en apprécier les solutions connues en tenant compte des données fournies par l'étude des délits de presse et de l'outrage à la pudeur. Nous distinguerons, à cet effet, deux sortes de cas : ceux où la loi incrimine la publicité du fait délictueux lui-même, ceux où elle ne s'attache qu'à la publicité du lieu où ce fait est commis.

Section I

Infractions commises publiquement

La loi exige, pour certaines infractions, qu'elles soient commises publiquement et l'on peut se demander s'il s'agit d'une publicité de droit, inspirée de celle qui régit les délits de presse, ou d'une publicité de fait, analogue à celle de l'outrage à la pudeur.

C'est la question qui se pose à propos des délits de port illégal de costume ou décoration, d'usurpation de titre ou changement de nom, de fausses nouvelles, d'offense envers les chefs d'Etats étrangers, et d'outrages envers les agents diplomatiques étrangers, et pour la contravention à la loi du 2 juillet 1850 réprimant les mauvais traitements envers les animaux.

§ 1^{er}. — PUBLICITÉ DANS LES DÉLITS PRÉVUS PAR L'ARTICLE 259 DU CODE PÉNAL

L'article 259 du Code pénal, dans son premier alinéa, réprime le port public de costumes, uniformes ou décorations, auxquels on n'a pas droit. La loi fait de la publi-

cité un élément essentiel du délit, mais elle n'en précise pas les conditions. Cette publicité indéterminée est-elle une notion de droit ou de fait ? La jurisprudence ne semble pas, d'ailleurs, avoir jamais rencontré, dans la solution de cette question, de difficultés sérieuses. Les arrêts, qui le même problème, à propos d'autres infractions, a souvent embarrassés, ne présentent, à ce sujet, aucune des controverses habituelles. Les poursuites, en cette matière, ont-elles été moins fréquentes, ou plutôt sont-elles intervenues dans des cas de publicité incontestable, toujours est-il qu'on ne trouve, en jurisprudence, aucune décision susceptible d'être recueillie avec intérêt.

Mais il paraît difficile de concevoir, en cette matière, une publicité appréciée en droit qui pourrait être trop étroite en certains cas et trop large en d'autres. Il suffit d'examiner les motifs qui ont pu dicter l'incrimination du délit pour se rendre compte du caractère propre de la publicité exigée par la loi.

L'article 259 entend sauvegarder le prestige attaché officiellement à des costumes, uniformes, décorations ou insignes, dont le port est réservé aux titulaires de certaines fonctions, ou autorisé à titre de récompense. Nul, s'il n'y a droit, ne peut s'en parer publiquement, sans en compromettre la valeur comme symbole ou témoignage de mérite. Mais une telle atteinte, pour être sérieuse, suppose une publicité particulièrement manifeste, et il appartient au juge d'apprécier cette notion en s'inspirant uniquement des circonstances du fait.

Il est évident que cette publicité sera suffisamment réalisée dans un lieu accessible au public soit d'une façon per-

manente, comme une rue, soit à certains moments, comme une salle de spectacle. Le port illégal d'un costume ou d'une décoration serait encore susceptible de publicité s'il se produisait dans des lieux « où se tiennent des réunions privées nombreuses, comme une réception, un bal officiel sur invitation ou peut-être même un cercle. » (GARÇON). (1).

Mais les quelques personnes d'une réunion intime ne sauraient constituer un public suffisant. Le but de la loi n'est pas de réprimer le simple fait d'avoir été vu sous un costume illégalement porté, mais de punir l'exhibition dans cette tenue. S'il est certain qu'un individu paraissant ainsi dans un lieu public, manifeste l'intention évidente de s'exhiber, on ne peut affirmer la même intention chez celui qui s'est montré dans une réunion purement privée. Au surplus la loi se serait contentée d'interdire d'une manière absolue le port illégal de costume ou décoration, sans exiger spécialement la circonstance de publicité, si elle n'avait pas entendu cette notion dans le sens que nous indiquons.

La publicité requise par l'article 259 a bien le caractère d'une publicité de fait comme celle envisagée par l'article 330, mais il convient de lui donner une interprétation moins large. L'article 330, en effet, n'atteint pas seulement l'individu qui s'exhibe en une attitude indécente, mais encore celui qui néglige de se cacher. En ce qui concerne la publicité du port illégal de décoration, il appartient au juge de n'en reconnaître l'existence que dans la mesure où l'agent a eu véritablement le désir de se montrer en public. Cette intention pourra bien se présumer dans l'hypothèse où l'exhibition est commise dans un lieu accessible à tout le

(1) *Op. cit.*, art. 259, N° 74.

monde. Mais il semble incomber à l'accusation d'en établir la preuve en tous autres cas.

L'article 259 punit encore, dans une disposition ajoutée par la loi du 18 mai 1858, le fait d'avoir publiquement pris un titre auquel on n'a pas droit, ou modifié le nom de son état-civil « en vue de s'attribuer une distinction honorifique. »

Cette usurpation doit avoir été publique.

Il s'agissait dans le projet de loi d'une publicité de droit. La commission exigeait en effet que l'usurpation se fût produite « dans un acte authentique ou sous seing-privé ou dans un écrit public. » Mais le texte définitif n'a pas conservé cette disposition restrictive. Il énonce d'une manière générale la circonstance de publicité, laissant au juge, sur ce point, une complète liberté d'appréciation. Il paraît toutefois convenable de s'inspirer ici des idées mises en relief, dans l'étude de la même question, à propos du délit précédent. C'est dans un esprit analogue que la loi incrimine l'usurpation de titre.

D'utiles indications, d'ailleurs, sont fournies, à ce sujet, par le rapport qui a précédé l'élaboration du texte législatif. « Il serait imprudent et dangereux, dit-il notamment, de s'arrêter à des faits isolés, sans caractère certain. Le secret du domicile, l'intimité de la vie privée, doivent, pour des faits de cette nature, demeurer toujours impénétrables : une carte de visite a pu être méchamment fabriquée et remise; un titre donné par erreur ou même pris innocemment, un nom mal entendu, mal répété... » (2).

(2) Cf. GARÇON, op. cit., art. 259, N° 109.

§ 2. — PUBLICITÉ DANS LA CONTRAVENTION
A LA LOI DU 2 JUILLET 1850

La loi du 2 juillet 1850, plus connue sous le nom de loi Grammont, punit de peines de police ceux qui exercent « publiquement et abusivement des mauvais traitements envers les animaux domestiques. » La présence de la publicité parmi les éléments constitutifs de la contravention s'explique par des motifs analogues à ceux qui justifient l'existence de cet élément dans le délit d'outrage à la pudeur.

Le spectacle d'actes de brutalité exercés sur des animaux généralement sans défense est bien propre à blesser la morale publique. (3). En outre, la publicité donnée à de tels faits constitue, en même temps qu'un véritable scandale, un exemple de pratiques répréhensibles qui, faute d'être punies, pourraient tendre à se généraliser.

L'élément de publicité qui doit accompagner les mauvais traitements pratiqués sur les animaux est donc assez comparable à celui qui est requis dans l'incrimination de l'outrage à la pudeur. Il s'agit encore d'une publicité de fait, à laquelle il semble toutefois nécessaire d'attribuer une portée moins considérable. C'est qu'un autre motif intervient ici pour expliquer l'exigence de la publicité. La loi veut, en effet, respecter, dans une certaine mesure, les droits du propriétaire sur sa chose. Elle évite notamment que la protection accordée aux animaux dégénère en mesures inquisitoriales à l'égard du propriétaire. Il faut donc apprécier la publicité d'une manière beaucoup plus étroite

(3) Cr. 14 mai 1868, D. 72. 5. 23.

qu'en matière d'outrage à la pudeur, où la sauvegarde de la moralité publique prime toute autre considération et peut justifier une interprétation très large de la notion.

La jurisprudence ne paraît guère avoir eu à s'occuper d'hypothèses autres que celles où les mauvais traitements se sont passés dans des lieux publics et principalement sur la voie publique. C'est en effet le cas habituel des infractions de cette sorte. Elles sont le plus ordinairement commises dans les rues ou sur les places publiques. Mais on les trouve encore légalement constituées lorsqu'elles se produisent dans des lieux publics quelconques, tels que les gares de marchandises où les animaux sont conduits en vue de leur transport, et les lieux de spectacle où l'on représente des combats d'animaux. (4).

Cependant le caractère public du lieu n'est pas le seul élément qui puisse réaliser la publicité de la contravention. Cette restriction ne ressort ni des termes de la loi, ni de l'esprit dans lequel elle a été conçue. Sans aller jusqu'à envisager des situations extrêmes, semblables à celles que nous avons rencontrées à propos de l'outrage à la pudeur, il est possible de concevoir des hypothèses où les actes de brutalité envers les animaux, même accomplis dans des lieux privés, recevront une publicité suffisante pour mériter l'application de la loi.

Ainsi, il nous paraît certain que la contravention à la loi Grammont est réalisée, lorsque les faits se produisent dans des lieux privés où se tiennent d'importantes réunions de

(4) Cr. 16 février 1895, D. 95. 1. 264; Sp. Limoges, 12 août 1895, D. 96. 2. 12.

personnes, comme les marchés ou expositions organisés sur des terrains ou dans des bâtiments particuliers.

Quant à l'importance du public témoin des actes délictueux, c'est un point de fait laissé à la libre appréciation du juge.

§ 3. — PUBLICITÉ DANS LES DÉLITS PRÉVUS
PAR LES ARTICLES 27 DE LA LOI DU 29 JUILLET 1881
ET 419 DU CODE PÉNAL

L'article 27 de la loi du 29 juillet 1881 incrimine le fait de publier de mauvaise foi des nouvelles réputées fausses, lorsque cette publication a eu pour effet de troubler la paix publique. L'élément de publicité constitutif de l'infraction est désigné dans le texte législatif par la seule formule de « publication ou reproduction. » Le second terme signifie simplement que la loi entend punir tous les propagateurs de la fausse nouvelle, qu'ils en soient les auteurs ou l'aient simplement rapportée. Comme il s'agit d'un délit de presse, on s'est demandé s'il convenait de donner à l'élément de publicité une interprétation de droit, en se référant aux modes de publicité énumérés par les articles 23 et 28 de la même loi, ou s'il était possible d'admettre une publicité se réalisant en fait, par tous moyens.

Les articles 4 de la loi du 27 juillet 1849 et 15 du décret du 17 février 1852, qui incriminaient déjà, quoique dans des conditions un peu différentes, le délit de fausses nouvelles, ne précisaient pas non plus quelle en devait être la publicité. La question s'était donc posée de savoir si on devait se référer sur ce point aux moyens de publicité déter-

minés par l'article 1^{er} de la loi du 17 mai 1819 qui régissait alors la liberté de la presse. Après de sérieuses controverses (5), la jurisprudence avait décidé qu'il s'agissait d'une publicité indéterminée.

L'article 27 de la loi du 29 juillet 1881 n'ayant pas modifié le caractère général de la formule où l'élément de publicité se trouve énoncé, il est certain que le législateur n'a pas entendu en limiter la réalisation aux seuls modes prévus par les articles 23 et 28.

Les arrêts de la Cour suprême, qui ont orienté la jurisprudence dans ce sens sous l'empire de la législation précédente — l'un des Chambres réunies du 13 mars 1855, un autre de la Chambre criminelle du 25 juin 1858 (6) — ont conservé leur valeur de principe. Il s'en dégage trois idées essentielles :

1° la publicité peut être réalisée par quelque moyen que ce soit ;

2° elle doit avoir été effectivement réalisée ;

3° il est nécessaire que le propagateur de la fausse nouvelle ait eu l'intention de lui donner cette publicité.

La publication de la fausse nouvelle peut être opérée indifféremment par la parole ou par l'écrit, en n'importe quel lieu et sans exigence de conditions particulières chez les tiers qui en ont été les auditeurs ou les lecteurs. Il n'est pas nécessaire que les paroles contenant l'annonce de la fausse nouvelle aient pris la forme de discours, de cris ou de menaces et aient été proférées dans des lieux ou réunions

(5) Orléans, 25 janvier 1854, D. 54. 5. 592 ; Cr., 29 septembre 1854. D. 54. 1. 371.

(6) D. 55. 1. 65 et D. 58. 1. 338.

publics. De même l'écrit qui la relate peut être publié par tout autre moyen que la vente, la mise en vente, la distribution ou l'exposition dans des lieux ou réunions publics, et consister également en autre chose qu'en placards, affiches, dessins, gravures, etc. Il suffit d'une publicité quelconque, librement appréciée par le juge, sous réserve d'une réalisation effective.

La fausse nouvelle, en effet, doit avoir reçu une publicité réelle sans laquelle ne peut se produire la circonstance qui entraîne en définitive l'application de la loi, c'est-à-dire que la paix publique ait été troublée. C'est en considération de cet événement que le législateur incrimine la fausse nouvelle. Or, il ne s'est pas contenté d'une publicité qui fût simplement de nature à troubler la paix publique. Il a voulu un trouble réellement accompli. Et ce trouble ne peut être produit que par la publication effective de la fausse nouvelle. L'outrage à la pudeur, au contraire, d'après la jurisprudence, ne résulte pas nécessairement de ce que l'acte impudique a été vu, mais, très souvent du seul fait qu'il pouvait l'être.

Mais comment décider en fait si la publicité de la fausse nouvelle est réalisée ? C'est au juge qu'il appartient de le reconnaître, sous le contrôle de la Cour de Cassation. Il y a lieu, à ce sujet, de s'inspirer des principes formulés dans les arrêts précités. Des directives très nettes sont données notamment par l'arrêt du 25 juin 1858, lorsqu'il déclare : « qu'il suffit pour constituer celle-ci (la publicité), de propos semés dans le public, de paroles dites et répétées, qui donnent à la nouvelle de la notoriété; d'où il suit que, quand les juges du fond ont reconnu, comme ils l'ont fait dans

l'espèce, que la fausse nouvelle a été plusieurs fois racontée, dans les circonstances relevées par l'arrêt (c'est-à-dire sous forme d'une conversation particulière tenue devant quelques auditeurs et répétée par ceux-ci dans d'autres conversations également particulières), ils doivent encore, au point de vue de la condition de publication, apprécier si ces circonstances suffiront en elles-mêmes pour constituer la publicité, et, dans le cas où ils admettraient la négative, de même qu'au cas où il n'y aurait qu'une seule communication de la fausse nouvelle comprise dans la prévention et imputée à l'inculpé, il leur resterait encore à rechercher si la fausse nouvelle n'aurait pas été répétée par d'autres bouches, et n'aurait pas ainsi reçu un complément de publicité... »

Ainsi pour apprécier dans quelle mesure la publicité de la fausse nouvelle est réalisée, le juge ne doit pas restreindre ses investigations au seul fait du prévenu ou d'agents immédiats; s'il ne croit pas y découvrir d'élément suffisant de publicité, il lui incombe encore de se livrer à des recherches plus étendues, de vérifier que la nouvelle n'ait pas été en fait répandue dans le public.

La jurisprudence exige chez l'auteur de la publication l'intention de propager la fausse nouvelle. Cet élément ne se confond ni avec la volonté de raconter, ni avec l'intention de nuire que suppose la mauvaise foi.

En résumé la publicité du délit de fausses nouvelles se rapproche de celle admise pour l'outrage à la pudeur, en ce qu'elle est une notion de fait. Toutefois, la jurisprudence atténue considérablement sa portée, en exigeant qu'elle soit toujours effective et intentionnelle, tandis qu'elle atteint dans l'outrage à la pudeur une publicité parfois éventuelle

et considère comme coupable celle qui résulte d'une simple négligence, sans avoir été recherchée par l'agent.

Il y aurait lieu d'appliquer les mêmes règles à la publicité requise par l'article 419-1° du Code pénal, qui réprime les fausses nouvelles et bruits calomnieux « semés sciemment dans le public », et tendant à opérer « la hausse ou la baisse artificielle du prix des denrées ou marchandises, ou des effets publics ou privés. »

§ 4. — PUBLICITÉ DANS LES DÉLITS PRÉVUS

PAR LES ARTICLES 36 ET 37 DE LA LOI DU 29 JUILLET 1881

L'offense envers les chefs d'Etat étrangers n'est punissable, en vertu de l'article 36 de la loi du 29 juillet 1881, qu'à la condition d'avoir été commise publiquement. L'incrimination des faits de cette nature se justifie par la nécessité de maintenir la bonne harmonie des relations internationales ; car l'offense envers un chef d'Etat étranger, souvent interprétée comme une insulte à l'égard de la nation même qu'il représente, peut être l'occasion des plus graves conflits.

L'article 5 de l'arrêté du 27 nivôse an VIII ordonnait déjà la suppression de tous les journaux qui publieraient « des invectives contre les gouvernements étrangers et les nations amies ou alliées du Gouvernement de la République.. » Il s'agissait alors d'atteindre une publicité tout à fait particulière, réalisable par le seul moyen du journal.

Une incrimination plus précise fut édictée en cette matière par l'article 12 de la loi du 17 mai 1819. Ce texte réprimait l'offense envers la personne des souverains ou chefs des gouvernements étrangers, lorsqu'elle était com-

mise par l'un des moyens de publicité énumérés en l'article 1^{er} (ce sont ceux énoncés, dans la législation actuelle, par les articles 23 et 28 de la loi du 29 juillet 1881).

Notre loi sur la presse incrimine encore l'offense envers les chefs d'Etat étrangers, mais elle n'a pas conservé à l'élément de publicité son caractère déterminé. L'article 36 vise, dans une formule très large, l'offense « commise publiquement. » On peut se demander, néanmoins, comme on l'a fait pour le délit de fausses nouvelles, s'il n'y a pas dans cette publicité une notion de droit, celle qui régit la plupart des délits de presse et qu'on trouve consacrée dans les articles 23 et 28 de la loi de 1881. Même en énonçant d'une manière générale et absolue l'élément de publicité, la loi n'a-t-elle pas entendu se référer, tacitement, à la publicité prévue par ces articles ?

Il semble plutôt que l'article 36 envisage une publicité quelconque, s'appréciant en fait. La preuve en est dans certains précédents législatifs et le texte même de son projet. (7).

La législation sur la presse, en faisant de la publicité une condition d'incrimination, n'a pas toujours limité les moyens de la réaliser. Ainsi la loi du 15 mars 1822 et le décret du 11 août 1848 répriment, à côté de certains faits pour lesquels une publicité déterminée est nécessaire, « l'outrage fait publiquement d'une manière quelconque » (articles 6 de la loi et 5 du décret). La jurisprudence admettait que cette formule désignait tous les outrages, quel qu'en ait été le mode de publicité.

(7) LE POITTEVIN, t. II, N° 942, p. 553.

D'autre part, l'expression par laquelle le projet qui a donné naissance à la loi du 29 juillet 1881, formulait la publicité de l'offense envers les chefs d'Etats étrangers, est passée textuellement dans l'article 36 de la loi. Par ailleurs, le même projet, dans l'article suivant, relatif à l'outrage envers les agents diplomatiques étrangers, renvoyait aux modes de publicité prévus par l'article 24 (article 23 définitif). Si cette disposition restrictive n'a pas été maintenue dans le texte adopté, il n'en est pas moins vrai que les rédacteurs du projet avaient entendu établir une différence très nette entre les conditions de publicité exigées pour chaque infraction.

Enfin, il est à remarquer que l'offense au Président de la République n'est punie, aux termes de l'article 26, qu'à la condition d'être commise par l'un des moyens énumérés dans les articles 23 et 28. Elle ne peut avoir, en effet, de conséquences aussi graves que l'offense envers les chefs d'Etat étrangers. La loi se montre donc plus sévère à l'égard de celle-ci, non pas en augmentant le tarif de la peine, mais en élargissant les conditions de l'incrimination. C'est ainsi qu'elle se contente d'une publicité indéterminée, dont la notion doit s'apprécier en fait.

Une publicité identique est envisagée par la loi du 20 juillet 1881 dans l'article suivant, qui réprime les outrages « commis publiquement envers les ambassadeurs et ministres plénipotentiaires, envoyés, chargés d'affaires ou autres agents diplomatiques accrédités près du Gouvernement de la République. »

De la combinaison des articles 14, 17 et 19 de la loi du 17 mai 1819, il ressort que la diffamation et l'injure envers

les agents diplomatiques étrangers n'étaient punissables que dans la mesure où elles étaient commises par l'un des moyens énoncés à l'article 1^{er}. Nous avons vu que le projet de loi de 1881 renvoyait, pour les outrages commis envers les agents diplomatiques étrangers, aux modes de publicité énumérés par l'article 24, c'est-à-dire 23 du texte adopté. Par conséquent, si l'article 37 définitif n'a pas reproduit cette référence, c'est que le législateur a cru devoir admettre une publicité quelconque comme pour l'offense envers les chefs d'Etats étrangers.

Cette publicité de fait est comparable en tous points à celle qui intervient dans le délit de fausses nouvelles et qui semble s'appliquer à tous les délits commis par la parole ou l'écriture, au cas où la loi ne les astreint pas à une publicité de droit.

Section II

Infractions commises dans des lieux publics

La loi ne réprime pas toujours une infraction en raison de la publicité qui s'attache à son accomplissement, mais parfois en ne considérant que la publicité du lieu où elle est commise. Jusqu'ici, nous avons examiné des situations où la publicité du délit lui-même était véritablement incriminée. Le caractère public du lieu n'était pris en considération qu'en tant qu'élément de droit ou de fait contribuant à réaliser la publicité de l'infraction, en vertu soit d'une disposition expresse de la loi, soit de principes tirés de son interprétation. Dans certains cas, au contraire, le législateur s'attache uniquement à la publicité du lieu, et il lui

importe peu que cette publicité réalise ou non celle du délit.

Un lieu est public, d'une façon générale, lorsque tout le monde a la possibilité d'y pénétrer ou d'y circuler soit librement, soit sous certaines conditions d'admissibilité autres que celles d'ordre purement personnel. Cette manière d'être du lieu, ouvert ou accessible au public, résulte tantôt de sa situation juridique, tantôt d'un état de fait caractérisé. Il y a ainsi deux notions de lieu public, que nous connaissons pour les avoir étudiées, la première à propos des délits de presse, la seconde en même temps que l'outrage à la pudeur, et qui s'apprécient l'une en droit, l'autre en fait.

Le lieu est public en droit lorsqu'il est spécialement destiné ou affecté à la circulation ou à l'accès du public, d'une manière absolue ou relative, permanente ou temporaire. Mais il peut encore se trouver public en dehors de toute affectation ou destination particulière au public, lorsque tout le monde, en fait, a la faculté d'en user.

Dans les hypothèses où la loi fait de la publicité du lieu la condition d'une incrimination, il convient de se demander à laquelle de ces deux notions elle entend se référer. La question, importante lorsque le caractère public du lieu n'est qu'un élément constitutif de la publicité du délit, devient capital lorsqu'il est pris exclusivement en considération. Elle se rencontre ainsi dans trois infractions. La loi ne punit en effet l'ivresse que si elle est manifestée dans des lieux publics. Elle interdit également la tenue de jeux de loterie ou de hasard dans les lieux publics. Elle considère enfin

comme une circonstance aggravante du vol le fait qu'il a été commis dans une catégorie déterminée de ces mêmes lieux, les chemins publics.

§ 1^{er} PUBLICITÉ DANS LA CONTRAVENTION

A L'ARTICLE 475-5° DU CODE PÉNAL

L'article 475 du Code pénal prononce des peines de police contre «... 5° ceux qui auront établi ou tenu dans les rues, chemins, places ou lieux publics, des jeux de loterie ou d'autres jeux de hasard. »

Aucune difficulté ne peut se présenter lorsque la contravention a été commise dans des rues, places ou chemins publics, puisque ces lieux sont expressément visés par la loi. Mais que faut-il entendre par lieux publics ? Si l'on admet qu'il s'agit d'une publicité de droit, on considérera comme tels, non seulement les voies publiques, mais encore tous les établissements destinés au public, comme les auberges, cafés et cabarets.

Cependant, il ne semble pas que la destination du lieu limite le champ d'application de la loi. Celle-ci a pour but de soustraire le public à des tentations qui lui sont le plus souvent funestes. Car n'est-ce pas tenter le public que tenir des jeux de hasard dans des lieux qui lui sont habituels ? N'y a-t-il pas dans ce simple fait une invitation à prendre part à ces jeux où le public, attiré par l'espoir d'un gain facile, est, la plupart du temps, victime de la plus honteuse duperie ?

Il paraît donc hors de doute que la loi ait voulu protéger le public contre les individus qui spéculent sur son esprit

de lucre, partout où il peut se trouver exposé à des sollicitations dangereuses. Par conséquent, la contravention est légalement constituée, lorsque les jeux illicites sont tenus dans des lieux où le public a la faculté de pénétrer ou de circuler, en vertu d'un état de fait étranger à la destination spéciale du lieu.

Il a été ainsi jugé qu'un terrain particulier sur lequel le public a un libre accès par tolérance du propriétaire, doit être réputé lieu public pour l'application de l'article 475, 5° du Code pénal (8). La publicité du lieu est bien ici une circonstance de fait.

Il est à remarquer toutefois que l'article 4 de la loi du 27 mai 1885 ne considère comme gens sans aveu, pour les frapper des peines édictées contre le vagabondage, que les individus « ... ne tirant habituellement leur subsistance que du fait de pratiquer ou de faciliter sur la voie publique l'exercice de jeux illicites. » Il s'agit, dans cette disposition, d'une notion particulièrement restreinte de lieu public, pour laquelle une interprétation de fait ne paraît plus appropriée. La loi ne punit, en effet, plus sévèrement les individus qui tirent leurs ressources de l'exercice de jeux illicites, que dans la mesure où ils se livrent à leur coupable industrie sur la voie publique, et non pas en tous lieux publics.

Par voie publique, il faut entendre seulement les voies de communication affectées au passage ou au transport du public. Mais cette expression comprend, outre les rues, routes ou chemins publics, les chemins de fer, tramways et lignes de navigation, dont les usagers sont particulièrement exposés aux entreprises des gens sans aveu.

(8) Cr. 20 juin 1882, D. 83, I. 328.

Par contre, les lieux, même destinés au public, qui n'ont pas le caractère de voie de communication ne constituent pas la voie publique au sens étroit. C'est ce qui a été jugé des champs de courses où des individus exploitent le pari-mutuel clandestin. Cependant on appliquait l'article 475 du Code pénal à ces individus, antérieurement à la loi du 2 juin 1891, en considérant précisément la pelouse d'un hippodrome comme un lieu public. (9).

§ 2. — PUBLICITÉ DANS LA CONTRAVENTION
A L'ARTICLE 1^{er} DE LA LOI DU 1^{er} OCTOBRE 1917

C'est une publicité analogue à celle de l'article 475, 5^o du Code pénal, que l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} octobre 1917 envisage, en réprimant le fait d'être trouvé en état d'ivresse manifeste « dans les rues, places, cafés, cabarets ou autres lieux publics. » La publicité du lieu est encore une circonstance de fait, l'énumération donnée par la loi n'étant pas limitative et l'expression « ou autres lieux publics » laissant à l'interprétation une certaine marge. (10).

Cependant, le but de la loi est de « réprimer le scandale causé ouvertement aux yeux du public par le spectacle de l'ivresse manifeste. » Il ne faut donc pas étendre outre mesure la notion de publicité du lieu. Il est certain par exemple que l'individu trouvé en état d'ivresse sur un terrain bordant la voie publique et accessible aux regards des passants est en contravention à la loi de 1917. Mais le contraire a été jugé dans une espèce où les faits s'étaient passés la nuit, dans un champ vide, même à proximité d'une

(9) Trib. Seine, 9 mai 1887, *La Loi*, 14 mai 1887.

(10) S.p. Noailles, 22 avril 1912, D. 1913. 5. 21.

habitation. (11). Et il en est de même, à plus forte raison, lorsqu'il s'agit d'un lieu rigoureusement privé, comme le couloir d'une maison, la circonstance que le contrevenant en a été expulsé et entraîné sur la voie publique par les agents ne pouvant être prise en considération. (12).

Mais dès lors que l'ivresse a été manifestée dans des lieux où tout le monde peut entrer ou circuler, que ce soit gratuitement ou en payant, conformément à la destination du lieu ou en vertu d'un usage ou d'une tolérance, la présence d'un public n'est pas nécessaire et la contravention est constituée quand même le coupable serait seul.

Si le caractère public du lieu est assez facile à déterminer lorsqu'il s'agit de l'ivresse, comme en matière de jeux illécites, la même question, se posant à propos du vol sur les chemins publics, a soulevé plus de difficultés.

§ 3. — PUBLICITÉ DANS LE CRIME PRÉVU PAR L'ARTICLE 383 DU CODE PÉNAL

L'aggravation traditionnelle des peines prononcées contre le vol, à raison de son accomplissement sur un chemin public, ne pouvait être négligée par les rédacteurs du Code pénal de 1810. L'article 383 primitif portait, en effet, que les vols commis sur les chemins publics seraient punis, suivant qu'ils étaient accompagnés ou non de certaines autres circonstances aggravantes, des travaux forcés, soit à perpétuité, soit à temps, ou de la réclusion. Ce texte a été complété par la loi du 27 octobre 1922, qui prononce les mê-

(11) Cr. 21 novembre 1879, D. 80. 1. 95.

(12) Trib. Saint-Etienne, 18 avril 1893; *La Loi*, 25 avril 1893; S.p. Fougères, 25 septembre 1900, D. 1902. 2. 19.

mes peines contre les vols commis « dans les wagons de chemins de fer servant au transport des voyageurs, des correspondances ou des bagages, toutes les fois qu'ils forment convoi. »

Les vols sur les « grands chemins » ont été considérés de tous temps comme particulièrement graves. D'une part, en effet, un nombre considérable de personnes y sont journellement exposées, les chemins publics étant des lieux de passage nécessaires. D'autre part un danger exceptionnel est couru par les victimes, ordinairement isolées et sans défense contre des agresseurs souvent plus nombreux et armés, alors que l'éloignement des lieux habités rend à peu près impossible tout secours immédiat.

Ces motifs, particulièrement sérieux au temps des diligences et des courriers, étaient d'une actualité plus frappante encore au début du siècle dernier, après les troubles de l'époque intermédiaire qui avaient favorisé le développement du brigandage. Ils ont conservé de nos jours toute leur valeur. L'avènement des chemins de fer avait pu donner aux malfaiteurs un champ nouveau à leur industrie criminelle et, dans une certaine mesure, changer le théâtre de leurs exploits. Mais l'intensification de la circulation routière, en progrès constant aujourd'hui, rend de plus en plus nécessaire une protection spéciale contre les professionnels du vol sur les chemins publics.

Le caractère public du chemin doit être, en chaque espèce, déterminé avec la plus scrupuleuse exactitude, puisque par cette seule circonstance la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui devient un crime. Le problème ne se présente pas toujours au juge sous le même aspect,

les faits étant ici soumis à l'examen successif de juridictions différentes dans leur nature et dans leur fonctionnement.

La question se pose, tout d'abord, devant les juridictions d'instruction, juge d'instruction dans la première phase du procès, chambre des mises en accusation en second lieu. Il leur appartient de se prononcer sur la notion de chemin public, à l'un dans son ordonnance de transmission des pièces au Procureur Général, à l'autre dans son arrêt de renvoi devant la Cour d'Assises. Ces décisions devant être motivées, tant sur les faits que sur leurs conséquences de droit, il importe notamment que la qualification de public donnée à un chemin et retenue comme circonstance aggravante du vol soit justifiée d'une manière très précise.

En outre, l'arrêt de la Chambre des mises en accusation peut être soumis au contrôle de la Cour suprême, à laquelle il incombera, en dernière analyse, de trancher la question, non de savoir si le vol a été commis sur tel chemin, mais si tel chemin est public au sens de l'article 383.

Puis, l'affaire étant portée devant la Cour d'Assises, juridiction de jugement, c'est le jury qui donnera au problème sa solution définitive, en constatant souverainement que le vol a été commis ou non sur un chemin public.

Mais le verdict du jury, n'étant pas motivé, n'offre aucun intérêt doctrinal. Il a pu écarter une solution exacte en droit, comme en entériner une fausse. C'est donc aux seules décisions des juridictions d'instruction et de la Cour suprême qu'il convient de se référer pour avoir la notion de chemin public, puisqu'à elles seules il appartient de la définir

en théorie. S'agit-il ici d'une publicité de droit ou de fait, telle est la question qu'elles doivent avant tout se poser.

On s'est demandé s'il ne fallait pas apprécier en droit la notion de chemin public. Suivant certains auteurs (13), en effet, les chemins publics seraient, uniquement, ceux que l'autorité administrative a déclaré affecter à la circulation du public et qui appartiennent à l'Etat, aux départements ou aux communes. Les chemins privés en seraient exclus, quand même ils se trouveraient, en fait, à l'usage de tout le monde. Quelques arrêts semblent avoir autorisé cette opinion. L'un d'eux déclare expressément « qu'on doit entendre par chemin public, au sens de l'article 383, les voies de communication destinées à un usage public, entretenues par l'Etat, les départements ou les communes. » (14). Toutefois, il ne s'agissait pas dans ces décisions de trancher la question qui nous occupe, mais de résoudre une autre difficulté, relative au caractère de chemin public des voies traversant les agglomérations. La notion générale de chemin public n'y est envisagée qu'incidemment.

La jurisprudence, au contraire, ne paraît pas, dans l'ensemble, avoir adopté cette solution restrictive; elle considère plutôt la publicité du chemin comme une question de fait. C'est également l'opinion de M. GARÇON. « Un chemin est public lorsqu'il est, en fait, consacré à l'usage du public, lorsqu'il sert au passage journalier de tout le monde et que toute personne peut y accéder et y circuler librement. » (15).

(13) CHAUVEAU et FAUSTIN HÉLIE, V. 2073.

(14) Crim. 24 juin 1880, D. 80. I. 397.

(15) GARÇON, *op. cit.*, art. 383, N° 45.

Il est fréquent, à la campagne, qu'un chemin tracé sur des propriétés privées et appartenant à des particuliers soit, à raison de la liberté de passage, regardé comme un chemin public. L'absence de destination administrative d'une telle voie ne saurait évidemment priver les personnes qui en usent de la protection spéciale de l'article 383. L'intérêt général et la sécurité publique commandent cette solution. C'est d'ailleurs celle que nous avons vu consacrée, pour des motifs analogues, en matière d'outrage à la pudeur. Nous savons, par contre, qu'elle n'a pas été admise en ce qui concerne les délits de presse.

Mais l'expression « chemin public » doit s'entendre seulement des voies de terre. Ainsi les cours d'eau navigables, s'ils peuvent être des voies publiques, ne sont pas des chemins publics au sens de l'article 383 (16). Mais les chemins de halage et les marchepieds ont certainement ce caractère.

Avant la loi du 27 octobre 1922, on refusait encore la qualification de chemins publics aux voies ferrées (17). Depuis cette loi, les vols commis dans les wagons de chemin de fer, qui font partie d'un convoi servant au transport des voyageurs, des correspondances ou des bagages, sont assimilés aux vols perpétrés sur les chemins publics. Mais la loi n'a pas résolu la question relativement aux vols dont se trouvent victimes les personnes qui circulent sur la voie ferrée pour en assurer la surveillance, l'entretien ou la réparation. En droit, la voie ferrée, qui n'est pas affectée à la circulation publique, n'a pas, de toute évidence, le caractère de chemin public. Il ne semble pas non plus qu'elle

(16) Cr. 6 mars 1846, D. 46. 1. 121.

(17) Cr. 18 juillet 1872, S. 73. 1. 96.

puisse se trouver en fait à l'usage du public, auquel il est interdit d'y « pénétrer, circuler ou stationner ». (18). En outre, il paraît difficile de considérer comme un public suffisant les seuls employés qui en ont l'accès de par leurs obligations professionnelles. Nous n'ignorons pas les risques d'agression courus par ces derniers, lorsqu'ils se trouvent, la nuit, en service sur la voie. Mais, s'il y a là une lacune dans la répression, il n'est guère possible de la combler en invoquant l'article 383 du Code pénal.

Les voies de terre ne sont pas, d'ailleurs, des chemins publics, pour l'application de l'article 383, dans toutes hypothèses. Elles perdent ce caractère à l'intérieur des agglomérations. La jurisprudence, en effet, ne considère pas comme chemins publics les rues et places des villes, faubourgs ou villages. (19). Il importe peu qu'une rue soit le prolongement d'une route et en épouse le régime administratif. Un chemin cesse d'être public, au sens de l'article 383, dès qu'il traverse une agglomération. « Il n'y a plus, dit M. GARÇON, même raison de décider. Le législateur a voulu protéger par des peines sévères la sûreté des voyageurs dans les chemins qui les éloignent des lieux habités où ils ne pourraient être défendus contre les entreprises des malfaiteurs; mais ce motif de sévérité disparaît dans les chemins qui, étant bordés de maisons, forment des rues de villes et de faubourgs où les moyens de secours peuvent être appelés et fournis à tout instant. » (20).

(18) Décret du 11 novembre 1917, art. 77, 5°.

(19) Cr. 6 avril 1815, *Bull. cr.* N° 24; 7 avril 1865, D. 67. 5. 479 et 24 juin 1880, D. 80. 1. 397.

(20) *Op. cit.*, art. 383, N° 46.

Cependant, on est en droit de contester, historiquement, l'exactitude de ces motifs. Le Code pénal du 25 septembre-6 octobre 1791 (2^e partie, titre II, section II, article 2) punissait, en effet, le vol « à force ouverte, et par violence » commis « dans un grand chemin, rue ou place publique. » La solution dont nous parlons était, par conséquent, rendue impossible par les prévisions expresses de la loi ; et l'on peut se demander si les rédacteurs du Code pénal de 1810 n'ont pas obéi à des préoccupations identiques. Il est vrai qu'on peut également tirer argument du même texte en faveur de l'opinion contraire et soutenir que, l'article 383 mentionnant seuls les chemins publics, ses rédacteurs ont entendu écarter formellement de cette acception les rues et places publiques.

Quoi qu'il en soit, cette solution est celle d'une jurisprudence constante ; un arrêt déclare en termes exprès « que dans l'intérieur des villes, même quand les voies sont le prolongement d'un chemin public, les personnes qui fréquentent ces voies sont placées sous la protection des habitants qui y circulent et bénéficient de la vigilance de l'autorité et de la police. » (21).

Certains auteurs vont plus loin et refusent le caractère de chemin public, pour l'application de l'article 383, à toute partie d'un chemin public qui se trouve bordée par une habitation. (22). Ainsi les vols commis sur les routes, devant des auberges, fermes ou maisons isolées échapperaient aux prévisions de l'article 383. Cette idée paraît excessive.

(21) Cr. 24 juin 1880, D. 80. 1. 397.

(22) CHAUVEAU et FAUSTIN HÉLIE, V. 2074 ; GARRAUD, V. 157 note 6, et 2170 note 25.

Elle peut conduire, tout d'abord, à des difficultés pratiques sérieuses. A quelle distance de l'habitation, par exemple, le vol sera-t-il réputé accompli dans des conditions telles qu'il était possible à la victime de faire appel à ses habitants ? Au surplus, en pareille hypothèse, les chances d'être secouru sont souvent problématiques, en tous cas bien faibles, alors que l'imminence du danger fait courir les risques les plus graves. Il paraît donc exagéré que l'agresseur bénéficie d'une circonstance étrangère à sa volonté. On ne saurait mettre en balance, d'un côté la certitude à peu près absolue du malfaiteur de ne pas être inquiété dans l'accomplissement de son crime, d'autre part les faibles chances de secours résultant pour sa victime de la simple proximité d'une habitation. En réalité, le voisinage de lieux habités, constitués ou non en agglomération, n'est qu'une circonstance de fait à laquelle un chemin public peut devoir de ne pas être considéré comme un lieu désert. (23).

Une dernière difficulté a été soulevée par la notion de chemin public, circonstance aggravante du vol, au sujet de la position des questions au jury. Cette notion est-elle un point de « fait » tranché souverainement par le jury, ou bien un point « de droit » sur lequel la Cour d'Assises ait également à statuer ?

Le problème présentait une importance particulière antérieurement à la loi du 5 mars 1932, attendu qu'il appartenait à la Cour seule, après le prononcé du verdict, d'en dégager les conséquences de droit. Depuis la loi précitée le jury est appelé à délibérer avec la Cour sur la qualification des faits. Mais la distinction du fait et du droit a

(23) Cf. GARÇON, *op. cit.*, art. 383, N° 46.

conservé toute son importance; car s'il n'appartient pas à la Cour de Cassation d'apprécier la constatation des faits, souverainement opérée par le jury, il lui incombe de contrôler la qualification qui leur a été donnée par la Cour et le jury réunis.

Dans la rigueur des principes, il semble que le verdict du jury doive répondre seulement à la question : « La soustraction frauduleuse a-t-elle été commise sur tel chemin » ; et que la délibération en commun de la Cour et du Jury porte ensuite sur le point de savoir si le chemin dont s'agit est un chemin public au sens de l'article 383. Cependant, il faut noter que la loi ne définit pas la notion de chemin public comme elle définit la notion de vol. On doit bien demander au jury, mieux que si l'accusé a commis un vol, s'il est coupable de telle soustraction frauduleuse. Mais il est moins certain qu'on puisse l'interroger en termes analogues sur la circonstance de chemin public et substituer à une définition légale absente des textes une description concrète du chemin, lieu du crime.

La Cour de Cassation, d'ailleurs, n'a pas admis ce système. Elle décide que la question posée au jury doit lui laisser le soin de se prononcer sur la publicité du chemin. (24). Aussi, est-elle généralement présentée en ces termes : « La dite soustraction frauduleuse a-t-elle été commise sur un chemin public ? »

C'est pourquoi nous avons dit qu'aucun renseignement utile ne pouvait être recherché dans les décisions du jury quant à la notion de chemin public, mais qu'il était nécessaire de se référer sur ce point aux arrêts des Chambres d'accusation et de la Cour suprême.

(24) Cr. 23 novembre 1889, D. 90. 1. 406.

APPENDICE A LA PREMIERE PARTIE

DU CONTROLE EXERCE PAR LA COUR DE CASSATION SUR LA NOTION DE PUBLICITE

C'est au juge du fait qu'il appartient de reconnaître et de constater les circonstances qui sont de nature à constituer légalement la notion de publicité. Mais, dans l'état actuel de la jurisprudence, la Cour de Cassation est seule qualifiée pour rechercher et déclarer souverainement si les dites circonstances caractérisent l'élément de publicité exigé par la loi. Cependant une distinction nous paraîtrait devoir s'imposer, sur ce point, entre la publicité de droit et la publicité de fait. La première serait, sans aucun doute, soumise au contrôle de la Cour suprême, auquel la seconde semblerait pouvoir échapper. Or, par une singularité inexplicable, les décisions qui ont pu faire naître des doutes sur le caractère absolu du principe consacré par la jurisprudence ont trait précisément à la publicité de droit. Il ne saurait pourtant y avoir de difficulté à ce sujet.

La question a été soulevée notamment en matière de presse, où la Cour de Cassation avait reconnu d'abord aux

tribunaux des pouvoirs assez étendus sur l'appréciation des faits d'où peut résulter la publicité. En vertu d'arrêts anciens, le juge du fait déclarait souverainement que les circonstances par lui constatées étaient caractéristiques de la publicité légale, en particulier qu'elles étaient constitutives d'un lieu ou d'une réunion publics (1). La Cour suprême exigeait bien que les deux circonstances de lieu public et de réunion publique ne pussent être écartées l'une sans l'autre dans les décisions qui niaient l'élément de publicité. Mais elle admettait aussi, dans ce cas, la simple mention que les faits n'avaient pas eu lieu publiquement (2).

Cette jurisprudence n'a pas été maintenue. Les juges du fond restent souverains pour constater la matérialité des faits susceptibles de réaliser la publicité. Mais c'est à la Cour de Cassation qu'il appartient d'en contrôler les conséquences de droit. Aussi annule-t-elle pour défaut de motifs les arrêts qui ne désignent pas les circonstances d'où ils font résulter la publicité ou qui ne les décrivent pas suffisamment (3). Elle n'exige pas d'ailleurs que ces circonstances soient affirmées explicitement, il suffit que l'élément de publicité ressorte de l'ensemble des dispositions et des énonciations de l'arrêt (4). Le juge du fond, par exemple, n'établit pas la publicité lorsqu'il se borne à constater que le prévenu a « dit » telles paroles diffamatoires, cette circonstance n'étant pas nécessairement constitutive de la profération. Mais il suffirait de déclara-

(1) Cr. 29 mars 1822, D. Rép. v^o presse, N^o 872; 4 août 1832, S. 33. 1. 872 et 27 décembre 1823, D. Rép. v^o presse, N^o 871. 3^o.

(2) Cr. 29 mars 1822, *loc. cit.*

(3) Cr. 1^{er} mars 1851, D. 51. 5. 417.

(4) Cr. 2 mars 1897, D. 98. 1. 25.

rer que les propos ont été « tenus à haute voix », ce qui revient à dire qu'ils ont été proférés.

L'exactitude de cette jurisprudence n'est pas contestable. Ce qui l'est certainement c'est l'application de principes identiques à la publicité de fait. Il est d'ailleurs assez étrange que le contrôle de la Cour suprême, en cette matière, n'ait jamais soulevé la moindre objection.

Il semble bien cependant que la publicité fondée sur de simples circonstances de fait devrait être appréciée souverainement par les juges du fond. Ces derniers, certes, seront toujours tenus de déclarer expressément que le fait a ou n'a pas été public. La publicité étant un élément constitutif de l'infraction, ils devront dans chaque espèce se prononcer sur ce point, à peine d'encourir la censure de la Cour de Cassation, pleinement justifiée en cette hypothèse. Mais le contrôle de la juridiction suprême se bornerait à vérifier si le juge du fait a bien reconnu ou nié l'élément de publicité, sans aller jusqu'à examiner si la notion en a été sainement interprétée.

Un exemple permettra de saisir toute la différence qui nous paraît exister, à ce sujet, entre les deux notions de publicité. Lorsqu'un jugement ou arrêt correctionnel déclare une diffamation publique, comme ayant été proférée dans un lieu public, il n'est pas douteux que la Cour de Cassation ait le droit de contrôler si le lieu en question était public au sens de la loi de presse. La publicité du lieu est en effet un élément légal de l'infraction. S'agit-il, au contraire, d'une décision fondant la publicité d'un outrage à la pudeur sur le caractère public du lieu où il a été commis, il n'appartient plus à la Cour suprême de statuer

sur la publicité du lieu. Car la loi exige simplement que l'outrage soit public et la nature publique du lieu n'est qu'une circonstance de fait prise en considération comme réalisant la publicité du délit. Les juges du fond peuvent aussi bien nier le caractère public de l'outrage, tout en constatant que ce dernier s'est produit dans un lieu public, que le déclarer constant en dehors de cette circonstance. Dans l'un et l'autre cas, la Cour de Cassation demeurerait étrangère au débat.

Ces idées ne sont pas consacrées par la jurisprudence qui soumet, dans tous les cas, la notion même de la publicité au contrôle de la juridiction suprême.

DEUXIÈME PARTIE

PREUVE DE LA PUBLICITÉ

Il ne suffit pas au juge de savoir quels éléments de droit ou de fait sont susceptibles d'être retenus pour constituer la publicité. Il lui incombe encore de rechercher dans quelle mesure il peut la considérer comme établie.

Ainsi, après avoir analysé le contenu de cette notion, nous devons en second lieu en étudier la preuve. Et par là nous envisagerons la publicité sous son deuxième aspect principal, en ce qu'elle est effective ou présumée. Tantôt, en effet, il est nécessaire d'établir que le fait incriminé a reçu une publicité réelle ou que le lieu du délit était effectivement public. Tantôt certaines circonstances permettent de présumer l'élément de publicité constitutif de l'infraction.

La publicité effective est la règle et sa preuve ne soulève pas en droit de difficultés sérieuses. Les présomptions de publicité doivent être regardées comme des exceptions au droit commun et peuvent, à ce titre, faire l'objet de certaines critiques.

CHAPITRE PREMIER

PREUVE DE LA PUBLICITE EFFECTIVE

La publicité est effective lorsque le fait dont elle conditionne l'incrimination a été réellement porté à la connaissance du public, ou lorsque le lieu du fait, si la loi ne s'attache qu'à cette circonstance, se trouvait effectivement fréquenté par le public.

C'est seulement lorsque nos actes ou nos pensées sont connus des tiers qu'il est permis de leur imputer un préjudice social caractérisé. Tant que leur publicité n'est pas effective, il ne peut guère en résulter qu'un préjudice éventuel. De même un lieu doit justifier l'importance que la loi attache, à différents titres, à son caractère public; il est donc nécessaire qu'un public non seulement réel, mais suffisant, le fréquente.

Il est à penser que la loi, en incriminant un fait pour la publicité dont il s'accompagne, ou pour celle qui caractérise le lieu de son accomplissement, entend réprimer, avant tout, le préjudice réel imputable à cette circonstance. Certes la loi pénale, en bien des cas, envisage un préjudice purement éventuel, en quelque sorte la simple puissance de nuire inhérente à un fait. Mais ces cas sont pré-

vus expressément et, si nombreux qu'ils soient, constituent de véritables exceptions. De même la publicité n'est pas incriminée par cela seul qu'elle peut engendrer un trouble social, mais en tant que circonstance pouvant caractériser ce trouble. Il faut donc, en principe, une publicité effective, sans laquelle on ne conçoit pas la réalité du préjudice, dont elle doit servir à déterminer l'étendue.

Le problème de sa preuve suppose d'abord la connaissance exacte de ce qu'il faut prouver. Il consiste ensuite à répondre aux deux questions : qui doit prouver ? Comment peut-on prouver ?

Ce qu'on doit prouver, c'est-à-dire les éléments de la publicité effective, nous l'avons examiné dans la première partie de la présente étude. Il n'y a pas lieu de reprendre ici les différentes hypothèses de cette sorte de publicité, en laquelle il faut voir la publicité normale, un véritable droit commun de la publicité.

Quels que soient les éléments de la publicité effective leur preuve ne soulève pas, en droit, de difficulté particulière. Quant au fardeau de la preuve, comme en ce qui concerne les moyens de l'administrer, il faut suivre le droit commun.

En principe, l'accusation a la charge de prouver la publicité, comme tous les éléments constitutifs de l'infraction, de même qu'il lui appartient d'établir la culpabilité de l'agent.

La publicité n'est soumise à aucun mode de preuve spécial. Il incombe à l'accusation d'en rapporter la preuve, et à la défense de la combattre, par tous moyens. Les divers genres de preuve admis en matière criminelle, aveu, témoi-

gnage, preuve littérale, peuvent être employés ici, indifféremment, qu'il s'agisse de prouver une publicité rendue effective par la présence d'un public, ou d'établir une publicité réalisée au moyen de l'écrit.

Si le caractère effectif de la publicité en est l'aspect normal, nous avons pu voir, cependant, en étudiant la notion de publicité, les dérogations nombreuses apportées à ce principe, les unes par la loi elle-même, les autres, ce qui est plus grave, par l'interprète. Les exceptions légales, encore qu'on puisse en contester le fondement, s'imposent d'une manière absolue. Mais les dérogations jurisprudentielles sont pour le moins discutables.

Lorsque la loi détermine les éléments constitutifs de la publicité, il n'y a pas lieu de rechercher s'ils réalisent ou non une publicité effective. Dès l'instant où ces éléments se trouvent établis, non seulement il est inutile de prouver qu'il en résulte une publicité effective, mais il est impossible d'invoquer qu'il n'en résulte pas. Ainsi la loi sur la presse incrimine en soi la vente, la distribution et la mise en vente. La vente et la distribution permettent bien d'opérer une publicité véritable, mais il n'est pas nécessaire de rechercher si elles ont eu cet effet; à plus forte raison une semblable recherche est-elle superflue avec la mise en vente d'où il ne peut même pas résulter de publicité consommée. Il suffit, dans ces hypothèses, d'établir un fait constitutif de vente, de distribution ou de mise en vente pour que la condition légale de publicité se trouve remplie.

La jurisprudence a cru, de son côté, pouvoir apporter des dérogations de ce genre au caractère effectif de la publicité. Elle a ainsi admis de véritables présomptions de publi-

cité en dehors des prévisions expresses de la loi et jusque dans des cas où il semble que le législateur ait envisagé plutôt une publicité effective. Ces présomptions méritent d'être étudiées plus particulièrement en raison du caractère exorbitant qui s'y rattache.

CHAPITRE II

PRESOMPTIONS DE PUBLICITE

La jurisprudence a estimé, dans certaines hypothèses, qu'il n'était pas besoin de démontrer une publicité effective pour que l'élément de publicité exigé par la loi fût constitué. Elle a ainsi admis des présomptions de publicité sur le seul fondement de circonstances rendant probable la réalisation de cet élément.

Le principe qu'il puisse exister des présomptions de publicité n'est pas critiquable en soi. Il n'est pas douteux que certaines circonstances, notamment celles qui se rattachent à la nature ou à la disposition des lieux, soient particulièrement favorables à la publicité de l'infraction. Ce qui est sujet à contestation c'est moins la légitimité des présomptions de publicité, que la façon dont on les a mises en œuvre et les effets qu'on a voulu leur faire produire. Que ces présomptions facilitent la preuve de la publicité, il semble bien que ce doive être là leur fonction principale. Mais qu'on leur attribue un caractère absolu, qui interdise de les combattre, c'est manifestement altérer la notion même de publicité et peut-être aller contre le vœu de la loi. Les arrêts, cependant, n'ont pas hésité à attacher à certaines présomptions de publicité de semblables effets.

Les présomptions se rencontrent d'ailleurs dans les deux notions de publicité. Il semble toutefois que les présomptions appliquées à la publicité de fait aient été inspirées de celles qui se rapportent à la notion de droit. Il n'y a là, d'ailleurs, qu'un aspect de la tendance à emprunter à la publicité de droit les éléments de la publicité de fait, phénomène dont nous avons déjà signalé les conséquences quant à la notion de publicité et qu'on retrouve à propos de sa preuve.

Section I

Présomptions de publicité dans la publicité de droit

Il est nécessaire d'examiner en premier lieu les présomptions de publicité appliquées à la publicité de droit. C'est d'abord à propos de cette notion que le principe d'une publicité présumée a été posé. Ce principe y trouve, en outre, sa meilleure justification. Il a inspiré, enfin, les présomptions de la publicité de fait, à laquelle on a cru devoir en étendre l'application.

§ 1^{er}. — LE PRINCIPE DES PRÉSUMPTIONS ET SA JUSTIFICATION

Les présomptions de publicité que la jurisprudence et la plupart des auteurs font jouer en matière de publicité de droit, se fondent, dans leur principe, sur les dispositions mêmes de la loi. L'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, en incriminant la profération et l'exposition dans des lieux publics, paraît, en effet, attribuer formellement aux circonstances de lieu une influence déterminante sur la publicité de l'infraction.

Il est certain que le caractère public du lieu où est proféré un discours diffamatoire ou exposé un écrit de même nature, rend particulièrement probable la connaissance que le public a pu acquérir de ce discours ou de cet écrit. Et, d'ailleurs, lorsqu'on entend parler, dans la conversation courante, de la publicité donnée à un fait quelconque, la première image évoquée par l'esprit n'est-elle pas celle du lieu? Cette idée est si vraie qu'elle domine toute la théorie de la publicité dans la constitution des infractions, qu'il s'agisse de la notion ou de la preuve de la publicité. Nous avons même vu que dans plusieurs infractions la loi ne s'était attachée qu'au caractère public du lieu.

La publicité propre du lieu doit, semble-t-il, dispenser de prouver celle de l'infraction. Il suffirait d'établir le caractère public du lieu de la profération ou de l'exposition, pour que la publicité requise par l'article 23 fût par là-même prouvée.

Et la publicité du lieu ne résultera pas de la présence effective d'un public, mais de la simple possibilité pour le public d'y accéder librement. C'est donc, en définitive, cette seule circonstance que le lieu était ouvert au public qu'il conviendra de démontrer. Or, à ce point de vue, nous savons qu'en doctrine, comme en jurisprudence, on distingue trois sortes de lieux publics : ceux qui tiennent ce caractère de leur nature, ceux qui en bénéficient en vertu de leur destination, ceux qui ne deviennent publics que par accident. Observons tout de suite qu'aucune présomption de publicité ne saurait jouer pour ces derniers, puisque leur publicité suppose la présence effective d'un public. Ils ne constituent jamais, d'ailleurs, à proprement

parler de lieux publics et leur situation se confond, en réalité, pour l'application de la loi, avec l'hypothèse d'une réunion publique.

Mais les lieux publics des deux premières catégories ont certainement, par eux-mêmes, cette qualité inhérente pour les uns à leur nature, pour les autres à leur destination. Le caractère public leur est propre et indépendant de la présence réelle d'un public. Lorsque la profération et l'exposition sont commises dans de tels lieux, il n'est pas besoin de démontrer autre chose que la publicité du lieu.

La jurisprudence est depuis longtemps fixée dans ce sens. Elle l'était déjà, antérieurement à la loi du 17 mai 1819, sous l'empire des articles 367 et 375 du Code pénal. « Il suffit, déclare un arrêt de cette époque, que la calomnie soit faite dans un lieu que sa qualité de lieu public ouvre à tout le monde; qu'en effet, dans un lieu de cette nature, il y a toujours ou réunion ou passage de citoyens, et conséquemment aussi présomption nécessaire et légale de publicité de l'imputation. » (1). C'est le même principe qu'on trouve affirmé dans la plupart des décisions qui ont appliqué la loi de 1819, après l'abrogation des articles précités du Code pénal. La Cour suprême cassait alors un arrêt qui avait exprimé l'opinion contraire, « attendu qu'on ne saurait admettre que, pour qu'il y ait publicité, il faut qu'il se trouve un public dans le lieu public, puisque ce serait confondre le lieu public avec la réunion publique et exiger la réunion de ces deux circonstances pour constituer la publicité » (2).

(1) Cr. 2 juillet 1812, *Bull. crim.*, N° 58.

(2) Cr. 26 novembre 1864, S. 65. I. 102.

Cette jurisprudence, demeurée constante avec la loi du 29 juillet 1881, est généralement approuvée par la doctrine (3). Mais si elle est justifiée dans son principe en ce qu'elle consacre la possibilité de présumer la publicité, on est en droit, comme nous l'allons voir, de contester l'application qui a été faite des présomptions de publicité.

§ 2. — LES APPLICATIONS DU PRINCIPE ET LEUR CRITIQUE

Pour la mise en œuvre des présomptions de publicité, les arrêts distinguent suivant que le lieu est public par sa nature ou par sa destination.

Dans le premier cas, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'une rue, d'une place, d'une promenade publique, la simple constatation que le fait délictueux y a été accompli dispense de prouver que les discours proférés ont été entendus ou que les écrits exposés ont été vus par un public effectif. Le lieu étant accessible au public d'une manière continue, la publicité se trouve réalisée à quelque moment que le délit soit commis, aussi bien la nuit que le jour. Le lieu bénéficie en somme, par lui-même, d'une présomption absolue de publicité.

S'agit-il, au contraire, d'un lieu public par destination, il faudra établir le caractère public du lieu, lequel ne résulte pas, de plein droit, de sa nature, mais de circonstances qui le situent à la fois dans le temps et dans l'espace. Ainsi, pour des faits commis dans un débit de boissons, il sera nécessaire de rechercher si, au moment de leur

(3) Cf. LE POITTEVIN, t. I, N° 517, p. 561 ; BARBIER, t. I, N° 253, p. 235.

accomplissement, le public avait réellement l'accès du débit et si la profération ou l'exposition ont bien eu lieu dans une salle destinée au public. Mais le caractère public du lieu étant constaté, la publicité effective du délit n'aura pas besoin d'être démontrée. La profération ou l'exposition sera réputée publique au sens de l'article 23, indépendamment de la présence réelle d'un public, comme si la publicité du lieu était inhérente à sa nature.

Dans les deux sortes de cas où le lieu est public, il y a donc une présomption de publicité. Cette présomption dispense l'accusation de rapporter la preuve d'une publicité effective. Quant au caractère public du lieu, il sera généralement facile de l'établir. Il ne pourra guère se présenter de difficulté véritable qu'avec les lieux publics par destination dont il faudra démontrer la publicité au moment précis de l'infraction.

Mais les présomptions de publicité ont-elles pour seul effet de dispenser l'accusation de faire la preuve qui lui incombe normalement? N'ont-elles d'autre but que de déplacer le fardeau de la preuve? Dans l'affirmative il faudrait décider que la défense aura la charge de la preuve contraire. Il lui appartiendrait ainsi de démontrer que, malgré les probabilités de publicité inhérentes au caractère du lieu, il n'y a pas eu, en réalité, de publicité effective. Cette preuve ne semble pas impossible et l'on conçoit des circonstances qui soient susceptibles de rendre singulièrement faibles les chances de publicité pouvant tenir à la nature des lieux.

Cependant on attribue aux présomptions de publicité une efficacité bien supérieure à un simple renversement

de la preuve. On leur a reconnu un caractère absolu, dont l'effet se traduit non seulement par une dispense de preuve en faveur d'une partie, mais par une interdiction de preuve à l'encontre de l'autre. En effet, dès lors qu'il est constaté que l'acte de profération ou d'exposition a été commis dans un lieu public, la publicité du délit est considérée comme légalement constituée. Il n'est pas permis à la défense d'invoquer le défaut de publicité effective et toute preuve qui tendrait à l'établir serait vaine (4).

La partie qui défend se trouve donc complètement désarmée s'il s'agit d'un lieu public par nature, puisqu'il suffit de constater que le fait y a été accompli. La publicité absolue et permanente du lieu donne à la présomption une force probante contre laquelle il est impossible de soulever aucun moyen. Mais dans le cas où le lieu tire sa publicité de sa seule destination, il reste à la défense une ressource qui n'est pas négligeable. On sait, en effet, qu'en pareille hypothèse, il incombe à l'accusation d'établir la concomittance entre les circonstances d'où résultent la publicité du lieu et l'accomplissement de l'infraction. Le caractère public du lieu étant relatif et temporaire, il ne sera pas toujours facile d'en démontrer l'existence au moment même où le délit se commettait. Et rien n'empêche le prévenu de combattre cette preuve par tous moyens.

La situation de la défense en face de la présomption de publicité est donc assez différente suivant que le lieu est public par nature ou qu'il l'est seulement par destination. Telle est la véritable raison d'être de la distinction entre

(4) Cr. 22 juin 1872, *Bull. cr.*, 1872, p. 254 et 17 novembre 1883, *Bull. cr.*, N° 260.

les deux catégories de lieux. Elle aboutit pratiquement à restreindre la portée de la présomption et, dans une certaine mesure, à admettre la preuve contraire; car, si elle n'autorise pas à se prévaloir du défaut de publicité effective, elle permet au moins d'invoquer l'absence de publicité dans le caractère même du lieu.

Tel est le système de présomption qu'on trouve consacré par les arrêts et que la majorité des auteurs paraît approuver (5). Il ne semble pas cependant exempt de critique. Qu'on présume la publicité de l'infraction en raison de la nature publique du lieu, nous en admettons volontiers le principe. Mais il est excessif de donner à semblable présomption le caractère irréfragable.

La loi a voulu faciliter la preuve de la publicité dans les cas où elle a le plus de chances d'être effective, à tel point qu'il soit permis de conclure, *a priori*, à sa réalisation, eu égard aux seules circonstances qui la rendent probable, c'est-à-dire à la publicité même du lieu. C'est donc uniquement sur la probabilité de cette réalisation que se fonde la présomption de publicité.

Mais il faut se garder de confondre avec la probabilité la simple possibilité de réalisation de la publicité. Il semble arbitraire de tenir la publicité pour réalisée dès l'instant où elle a été possible, sans que cette possibilité ait atteint un degré quelconque de certitude. C'est pourtant ce qu'on admet implicitement si l'on considère comme absolue la présomption de publicité attachée au délit par le caractère public du lieu. Cette solution conduit, en fait, à fonder l'élément de publicité sur des circonstances qui

(5) LE POITTEVIN, t. I, N° 517, p. 565, et BARBIER, t. I, N° 253, u. 238.

ne lui impriment pas le moindre caractère de probabilité. L'erreur ainsi commise sur la nature de la présomption est nettement caractérisée par la différence de situation faite aux lieux selon qu'ils tiennent leur publicité de leur nature ou de leur destination. Examinons, à ce point de vue, chacune des deux catégories de lieux publics.

En ce qui concerne les infractions commises dans des lieux publics par destination, la présomption repose encore, à peu près certainement, sur des chances de réalisation effective. Ces lieux, en effet, ne deviennent publics qu'à des moments rigoureusement déterminés, mais où le public est sollicité, d'une manière toute spéciale, à pénétrer dans le lieu. Dans ces intervalles de temps, au cours desquels le local destiné au public se trouve accessible à tout le monde, la présence d'un public est presque toujours effective, en tous cas imminente. La destination du lieu au public prenant la forme d'une véritable invitation à y accéder, on se rapproche davantage de la vérité en présumant la publicité qu'en la tenant pour douteuse et à démontrer. Cette présomption est d'autant plus solide qu'elle suppose établi, au préalable, le caractère public du lieu au moment même où l'infraction s'est accomplie. Ainsi il est constant qu'un discours diffamatoire a été proféré dans une salle de spectacle. On démontre, en outre, qu'à l'heure où le fait s'est produit, la salle était ouverte au public en vue d'une représentation. La seule constatation que la diffamation a eu lieu dans les mêmes circonstances de temps doit permettre, sans difficulté, de présumer la publicité, qui n'a pas été simplement possible, mais bien plutôt probable.

Lorsque le lieu est un de ceux dont on attribue le carac-

rière public à la nature même, une application rigoureuse des principes admis en jurisprudence conduira parfois à des situations véritablement anormales. Il peut, en effet, se présenter des hypothèses où la publicité, bien que possible, aura fort peu de chances d'être réelle. Il s'agit, en effet, de lieux dont la publicité est permanente et absolue. Or, on conçoit que le public n'use pas continuellement de la faculté d'y circuler, qui lui est concédée à titre permanent. Il existe presque toujours, en fait, des moments où la circulation du public se trouve en quelque sorte suspendue. Cette interruption, purement de fait — à la différence de celle qui caractérise la publicité par destination, laquelle est essentiellement de droit — est un facteur dont il faut tenir compte au point de vue de la présomption de publicité. Elle amoindrit considérablement la force de la présomption, dont le caractère irréfragable se trouve ainsi, le plus souvent, en contradiction formelle avec la réalité des faits. Une diffamation, par exemple, est proférée sur une place publique, à une heure avancée de la nuit, alors que le va-et-vient des passants est arrêté et que les habitants des maisons voisines sont endormis. La publicité, en pareil cas, demeure certes toujours possible, puisque le lieu est ouvert au public en permanence; mais elle n'a pas la moindre chance de se réaliser; il n'y a pas, à vrai dire, de probabilité en faveur de sa réalisation. Cependant il suffira de constater que les propos incriminés ont été proférés dans le lieu public par nature, pour que l'élément de publicité soit légalement établi, et nulle autre preuve ne sera admise à l'encontre de cette présomption. Il n'est pas besoin d'insister sur le caractère anormal

de cette solution, où les choses ont été poussées à l'extrême, mais qui est conforme à la jurisprudence.

C'est donc bien dans leurs applications et non dans leur principe que les présomptions de publicité sont contestables. En réalité, s'il est juste parfois de présumer la publicité, il ne faudrait jamais attribuer à cette présomption de caractère absolu. On devrait considérer qu'il y a présomption de publicité chaque fois que le fait délictueux a été commis dans un lieu public. Mais il serait toujours possible de rapporter la preuve contraire, en démontrant le défaut de publicité effective. En ce qui concerne le caractère public du lieu, on l'établirait conformément aux principes qui régissent la notion de droit de la publicité. Quant aux effets inhérents au caractère public du lieu, il n'y aurait pas à se préoccuper de la distinction entre les lieux publics par nature et les lieux publics par destination. Nous avons dit qu'au point de vue de la notion de publicité il n'y avait pas de différence essentielle entre ces deux catégories de lieux. Il nous paraît de même inutile de les distinguer sous le rapport de la preuve. D'une part, il suffirait, pour justifier la présomption de publicité, d'établir le caractère public du lieu suivant les règles que nous connaissons. Et, d'autre part, quel que soit le lieu, la défense serait toujours admise à prouver l'absence de publicité réelle.

Ainsi, nous ne condamnons les présomptions, en matière de publicité de droit, que dans la mesure où on les considère comme irréfragables. Nous allons voir fonctionner, dans la publicité de fait, un système analogue de présomptions. Mais c'est à leur principe même qu'il semble permis de s'attaquer.

Section II

Présomptions de publicité dans la publicité de fait

En étudiant la publicité de fait d'après l'article 330 du Code pénal, nous avons pu voir que le caractère effectif de la publicité était loin d'en représenter l'aspect principal. La jurisprudence, en effet, a posé depuis longtemps en principe que le fait est public, non seulement lorsqu'il il a été vu, mais encore s'il pouvait l'être. Elle réserve ainsi aux présomptions de publicité un champ d'application particulièrement large et les arrêts n'ont pas manqué d'y faire entrer un nombre considérable d'espèces, pour ne pas dire le plus grand nombre.

Les présomptions de la publicité de fait, empruntées sans aucun doute à la publicité de droit, ont-elles dans leur principe la même justification que celles dont elles paraissent procéder ? Comment sont-elles appliquées pratiquement ? Telles sont les questions qui se posent à leur sujet.

§ 1^{er}. — L'EXTENSION DU PRINCIPE DES PRÉSOMPTIONS A LA PUBLICITÉ DE FAIT ET SA CRITIQUE

Les présomptions qu'on trouve appliquées à la publicité de fait ont été inspirées de celles qui se rapportent à la notion de droit. Il suffit, pour s'en convaincre, d'évoquer la tendance manifeste dont la jurisprudence n'a pas toujours su s'affranchir et qui consiste à se référer abusivement aux principes qui dominent la publicité de droit. Cette tendance a gravement influencé l'interprétation donnée à l'élément de publicité dans l'article 330 du Code pénal.

On a cru assez longtemps que l'outrage à la pudeur, comme la profération d'un discours diffamatoire ou l'exposition d'un écrit de même nature, devait avoir été commis dans un lieu public. Les arrêts, en tous cas, du moins ceux du début, ne paraissent avoir conçu d'autre publicité de l'acte immoral que celle résultant du caractère public du lieu. On peut affirmer que la publicité du lieu est le premier élément, pour ne pas dire le seul, auquel on ait d'abord songé, pour fonder la publicité requise par la loi dans le délit d'outrage à la pudeur.

L'idée que le fait immoral devait avoir été commis dans un lieu public a été fortement inspirée par le régime de la publicité en matière de presse (6). On y retrouve la distinction entre les lieux publics par nature et les lieux publics par destination. Elle est, du reste, à l'origine des inutiles controverses entreprises par nombre d'arrêts sur la nature publique ou privée des lieux. Cette idée s'est traduite naturellement par l'extension à la publicité de fait des présomptions inhérentes au caractère public des lieux. Dès l'instant où un outrage à la pudeur a été commis dans un lieu public, il devient inutile de rechercher s'il a reçu une publicité effective.

Quand la jurisprudence s'est aperçue que la nature du lieu n'était pas le seul élément favorable à la publicité du délit, et qu'elle a étendu, dans une large interprétation, la notion de publicité, elle a non seulement maintenu le principe des présomptions, mais elle en a augmenté la portée. Elle considère, en effet, la publicité comme suffisamment

(6) GARÇON, *op. cit.*, art. 330, N° 29.

établie lorsqu'il est constant que le fait pouvait être vu, à quelque circonstance qu'ai tenu cette éventualité.

Cependant le principe des présomptions ne trouve pas ici la même justification que dans la publicité de droit. L'idée qui est à l'origine de son extension à la publicité de fait — savoir que la publicité de l'outrage à la pudeur reposait essentiellement sur le caractère public du lieu — procède d'une erreur dont nous avons déjà signalé les conséquences au point de vue de la notion de publicité. La loi exige que le fait immoral ait été commis publiquement et non pas nécessairement dans un lieu public. L'argument de texte, tiré de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, qui sert de base aux présomptions appliquées en matière de presse, n'existe pas dans l'article 330 du Code pénal.

Mais alors deux solutions se conçoivent. Ou bien l'expression « outrage public » s'entend non seulement de l'outrage qui a reçu par lui-même une publicité effective, mais encore de celui qui a simplement été commis dans un lieu public. Ou bien la loi, au contraire, a voulu exclure de cette notion l'outrage dont la seule publicité était inhérente au caractère public du lieu. Nous avons déjà pris parti dans cette alternative, en disant que la publicité du lieu n'était qu'un élément de fait toujours susceptible d'être pris en considération, sans qu'il soit nécessaire ni de la rechercher dans chaque espèce, ni d'en tenir compte dans les cas où elle est établie.

Et dès lors que la nature publique du lieu est une simple circonstance de fait, qui ne s'impose à aucun point de vue, il paraît difficile d'y attacher les effets d'une vérita-

ble présomption de publicité. Cette présomption devrait, semble-t-il, se justifier au moins par un texte formel, qui attribue à la publicité du lieu le caractère d'un élément de droit. Mais elle est, à première vue, inconciliable avec une notion purement de fait, c'est-à-dire dépouillée de tout caractère artificiel pour être entière dans la réalité.

Cependant il doit être permis de présumer la publicité de fait dans la mesure où les circonstances en ont rendu la réalisation probable. Sans doute une semblable présomption n'a rien de légal; mais elle ne paraît pas non plus contraire à la loi, lorsqu'elle facilite simplement la preuve de la publicité, sans en altérer la notion. Toutefois la jurisprudence ne semble pas l'avoir comprise dans ce sens. Elle a fait de la publicité présumée un véritable aspect, et non le moindre, de cette notion. Mais, d'une part, elle a jugé suffisantes, pour fonder la présomption de publicité, des circonstances d'où ne résulte qu'une possibilité de réalisation. D'autre part, elle admet un système de présomptions ne comportant pas seulement une dispense de preuve en faveur de la partie poursuivante, mais allant jusqu'à interdire tout essai de preuve contraire à la défense.

Fragiles dans leur fondement, irréfragables dans leurs effets, telles sont les présomptions qu'on trouve appliquées à la publicité de l'article 330. La contradiction manifeste qui oppose ainsi leurs propres caractéristiques constitue le principal grief qu'on puisse leur faire. Ces présomptions ne contribuent-elles pas, en définitive, à fausser la notion de publicité, il suffit, pour s'en rendre compte, d'examiner le détail de leurs applications.

§ 2. — LES APPLICATIONS DU PRINCIPE
A LA PUBLICITÉ DE FAIT

Lorsqu'on admet que la publicité de l'outrage à la pudeur est réalisée par cela seul que le fait délictueux pouvait être vu, on crée d'abord une présomption de publicité, mais on caractérise encore la notion même de publicité d'une manière tout à fait spéciale. La publicité présumée devient un véritable aspect de cette notion, puisqu'il n'est plus nécessaire, en principe, de démontrer une publicité effective. Le caractère exorbitant d'une semblable présomption, qui affecte autant la notion que la preuve de la publicité, n'a pas besoin d'être souligné. Il est plus ou moins accentué dans les diverses applications qu'on a faites de la présomption (7).

C'est évidemment sur les circonstances de lieu qu'on cherche, avant tout, à fonder la présomption de publicité. Mais on ne retient pas seulement, à ce point de vue, la nature des lieux; on tient compte encore de leur disposition. Ainsi la publicité est présumée lorsque le fait a été commis dans un lieu public ou accessible aux regards du public. Toutefois, comme la possibilité pour le public d'accéder dans un lieu ou d'y porter ses regards résulte de simples circonstances de fait, la force de la présomption varie en quelque sorte avec l'efficacité plus ou moins absolue de ces circonstances.

Lorsque l'outrage a été commis dans un lieu public, cela suffit pour qu'il ait pu être aperçu du public. Son auteur

(7) Voir ci-dessus nos développements sur la notion de publicité en matière d'outrage à la pudeur.

n'est donc pas admis à se prévaloir du défaut de publicité effective. Il pourra seulement contester le caractère public du lieu, s'il s'agit d'un lieu dont la publicité est temporaire et relative; car, dans ce cas, il incombe à la partie poursuivante d'établir la publicité du lieu, circonstance qu'il est loisible à la défense de réfuter par tous moyens. Mais si ce lieu jouit, par sa nature, d'une publicité permanente et absolue, la présomption devient en fait inébranlable. Il y a là, en somme, une situation identique au système de présomption appliqué à la publicité des délits de presse. Cependant les présomptions de publicité sont susceptibles d'une application plus large en matière d'outrage à la pudeur, où le caractère public du lieu s'apprécie en fait. Ainsi l'interprétation en fait de la publicité, qui devrait avoir, semble-t-il, pour effet normal de restreindre le jeu des présomptions, conduit en pratique à des solutions diamétralement opposées.

L'outrage est encore présumé commis publiquement s'il l'a été dans un lieu qui, sans être ouvert au public lui-même, se trouvait accessible à ses regards. On considère en effet que la situation est la même, qu'elle a toujours pour conséquence d'exposer le public à devenir témoin de l'acte immoral. Le coupable est donc encore répréhensible pour la seule raison qu'il pouvait être aperçu du public. Et il n'est pas reçu à prétendre que son acte n'a pas comporté de publicité effective. Cependant il est moins désarmé devant la présomption de publicité quand elle repose sur la disposition des lieux que dans l'hypothèse où elle est inhérente à leur nature. C'est que l'accusation rencontrera plus de difficulté pour démontrer comment la

disposition des lieux était favorable à la publicité du délit que pour établir le caractère public propre aux lieux. La difficulté sera d'ailleurs plus ou moins importante suivant la façon dont les lieux se trouvent disposés.

Nous avons vu, en effet, qu'il fallait envisager à ce sujet deux situations différentes. Il s'agit toujours d'un outrage accompli dans un lieu privé accessible à des regards venant de l'extérieur. Mais ces regards peuvent émaner d'un spectateur placé soit dans un lieu public voisin, soit dans un autre lieu privé.

Dans le cas où le lieu du délit est voisin d'un lieu public, il est encore assez facile de démontrer que l'outrage pouvait être vu de tout le monde. Le lieu privé participe en quelque manière de la nature même du lieu public. Il suffit d'établir qu'une personne placée dans ce dernier aurait pu voir ce qui se passait à l'intérieur du lieu privé. C'est alors à la défense de prouver les circonstances exclusives de la publicité, en invoquant, par exemple, un obstacle quelconque à la vue.

Mais, si le fait, au contraire, n'a pu être aperçu que par des spectateurs placés dans un autre lieu privé, la présomption voit sa force considérablement amoindrie, au point même de disparaître en certains cas. C'est qu'en effet la partie poursuivante devra rechercher et établir toutes les circonstances qui ont rendu la publicité possible. Ainsi il serait insuffisant de constater que la vue ne rencontrait aucun obstacle matériel. Comme le lieu où pouvaient se trouver les témoins éventuels du fait est, par hypothèse, purement privé, il ne sera pas possible de le tenir *a priori* pour fréquenté, comme l'est habituellement

un lieu public; mais il faudra démontrer cette circonstance. Enfin il sera nécessaire de spécifier que la vue des spectateurs se fût portée naturellement sur la scène impudique. Ces différents éléments, pour justifier la présomption de publicité, doivent être articulés avec précision par la partie poursuivante. La défense pourra les repousser par tous moyens; car il lui incombera moins ici de prouver les circonstances exclusives de la publicité que d'en nier les circonstances constitutives.

Telles sont les présomptions de publicité qu'on attribue à l'influence du lieu tant par sa nature que par sa disposition. Nous les avons examinées dans l'ordre décroissant de leur force. Lorsqu'elles sont en effet inhérentes à la nature des lieux, elles sont à peu près irréfragables, sauf quand il s'agit de lieux dont la publicité est temporaire et relative. Quand elles se fondent sur la disposition des lieux, elles admettent plus facilement la preuve contraire, notamment lorsqu'il s'agit de lieux privés voisins l'un de l'autre; elles tendent même à disparaître dans ce dernier cas.

En ce qui concerne la publicité tenant au fait que l'outrage a été commis dans un lieu privé occupé par des tiers susceptibles d'en être témoins, la jurisprudence paraît l'avoir rattachée au caractère accidentellement public du lieu. Il n'y aurait donc là qu'une hypothèse de présomption inhérente à la nature du lieu. La présomption toutefois serait ici fondée sur une véritable probabilité et non sur une simple possibilité de réalisation.

Il n'en est pas ainsi dans les autres cas où nous avons vu jouer la présomption. Celle-ci, remarquons-le bien, sup-

pose en effet uniquement que la publicité a été *possible*. Et dans aucune des hypothèses où le prévenu est admis à rapporter la preuve contraire, ce n'est le défaut de publicité effective qu'il est en droit d'invoquer: il ne peut jamais prétexter qu'il n'a pas été vu. On l'autorise seulement à se prévaloir de circonstances qui ont rendu la publicité impossible, autrement dit à prouver qu'il ne pouvait pas être vu.

C'est là le principal reproche qu'on puisse faire à la présomption. D'une part, elle tient pour suffisant que l'outrage ait pu être aperçu du public, ce qui constitue en somme un fondement assez fragile. D'autre part, elle n'admet la preuve contraire que dans la mesure où elle démontre l'impossibilité et non le défaut de publicité effective, ce qui rend la présomption absolue dans son principe, puisqu'on ne peut la renverser que par un procédé détourné, et pratiquement irréfragable, attendu qu'il est beaucoup plus difficile de prouver une impossibilité qu'une absence de réalisation.

Ces griefs peuvent, en apparence, ne pas paraître fondés. Car, dira-t-on, pour que le coupable soit poursuivi, il faut au moins qu'il ait été surpris par un tiers dans l'accomplissement de son acte. En fait, les événements se passent presque toujours de cette façon. Mais il n'est pas inutile, néanmoins, d'envisager les présomptions de publicité, pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, elles sont formellement consacrées par la jurisprudence. Les arrêts, en effet, ont une tendance marquée à invoquer la présomption de publicité, plutôt que de fonder la publicité sur la présence du tiers spectateur.

C'est ce qui explique les hésitations de la jurisprudence à admettre le caractère public de l'outrage accompli devant témoins dans un local clos et privé. On préfère déclarer que l'acte immoral pouvait être aperçu de n'importe qui, au lieu de constater qu'il a été vu effectivement par telle personne. Il y a là sans doute un souci exagéré de respecter l'esprit dans lequel aurait été conçu l'article 330, dont le but n'est pas de réprimer l'atteinte individuelle à la pudeur d'une personne déterminée, mais d'incriminer l'outrage à la pudeur publique. Quoi qu'il en soit, ce n'est pas sans une certaine répugnance, nous le savons, que la jurisprudence a consacré la publicité de l'outrage commis dans un lieu privé en présence de tiers. Les arrêts l'ont admise plus difficilement encore lorsqu'il ne s'est trouvé dans le lieu qu'un seul témoin et ils l'ont absolument niée dans les hypothèses où cet unique témoin était en réalité victime d'un attentat. Mais s'agit-il au contraire d'un lieu public ou accessible aux regards du public, on n'hésite jamais à considérer l'outrage comme public au sens de l'article 330, pour cette raison qu'il pouvait être vu de tout le monde. Ainsi la préférence est toujours accordée à la présomption de publicité, qui devient de ce fait un véritable aspect — on devrait dire l'aspect principal — de la notion.

Il est nécessaire, en second lieu, de retenir les présomptions de publicité, même dans les cas où le fait n'a pu être connu que par les révélations d'un témoin, lorsque ce témoin était volontaire. On sait en effet qu'un semblable témoin n'est jamais pris en considération en tant que public, comme ayant assisté de son propre gré au spec-

tacle immoral. Par conséquent, si les faits se sont passés dans un lieu clos et privé, en présence de cette seule personne, il n'y a pas légalement de publicité. Mais si l'outrage a été commis dans un lieu public ou accessible aux regards du public, le problème des présomptions se pose sans aucun doute et il est impossible de l'éluder sous prétexte que le fait aurait reçu une publicité effective.

Enfin, si les poursuites engagées du chef d'outrage à la pudeur supposent le plus souvent que les faits ont été rapportés par un tiers, ce genre de preuve n'est pas indispensable et on peut en concevoir d'autres. Il n'est pas impossible, par exemple, que la preuve du fait délictueux résulte du seul aveu du prévenu, voire même d'un écrit. En recherchant alors l'élément de publicité, il faudra bien faire appel aux présomptions, si toutefois on se trouve dans un des cas où elles s'appliquent.

La théorie des présomptions de publicité n'est donc pas sans objet en matière d'outrage à la pudeur. Mais, telle qu'on la trouve construite en jurisprudence, elle ne paraît pas en tous points satisfaisante. Elle aboutit, nous l'avons vu, à fausser dans une certaine mesure la notion même de publicité. Cette notion, ne l'oublions pas, doit s'apprécier en fait. Il faut en somme réserver ici le moins de place possible à la présomption.

Certes, les arrêts ont cherché surtout un système qui assure la protection du public contre l'immoralité et permette de réprimer celle-ci dans la plupart des cas où elle se manifeste. La jurisprudence se place moins au point de vue de la personne qui a reçu une atteinte individuelle à sa pudeur, qu'à celui de la société dont l'immoralité publi-

que compromet les intérêts. Le délit n'est pas tant dans le préjudice particulier causé à tel individu atteint dans ses sentiments de pudeur, que dans le mépris de la pudeur d'autrui affiché par le coupable, car c'est en cela que réside le danger social. Que la publicité de l'outrage ait été effectuée ou non, ce danger est toujours réel, et son existence seule entraîne un préjudice social dont l'agent doit réparation.

Ces idées sont très exactes et paraissent bien être celles qui ont inspiré la rédaction de l'article 330. Mais on peut les mettre en œuvre sans présumer la publicité comme sans en forcer la notion. Il suffirait de décider que l'outrage à la pudeur sera réputé public chaque fois qu'il aura été accompli en présence d'un tiers, cette présence enlevant à l'acte le caractère secret qui est, au fond, la seule excuse de l'immoralité. Ainsi, la publicité serait toujours effective, et sa preuve ne saurait soulever de difficultés sérieuses. Mais pour que l'atteinte à la pudeur d'une personne révèle chez l'agent une immoralité suffisamment dangereuse au point de vue social, il faudrait, bien entendu, qu'il ne s'agisse pas d'un témoin volontaire. Enfin, le mépris de la pudeur publique ne serait vraiment caractérisé que par l'absence de précautions suffisantes de la part du coupable. Et c'est précisément sur ce dernier point qu'on pourrait faire intervenir un système de présomptions.

L'absence de précaution se traduit en effet de façon fort différente suivant que le fait est commis dans un lieu public, dans un lieu accessible aux regards du public ou dans un lieu strictement privé. On pourrait la présumer d'une manière absolue dans le premier cas, où le mépris de la pudeur

publique est particulièrement flagrant (8). Dans l'hypothèse où le lieu est privé, mais accessible aux regards de tiers fréquentant un lieu public voisin, on présumera encore l'absence de précautions suffisantes, en admettant toutefois la preuve contraire. Si le lieu n'est accessible qu'à des regards venant d'un autre lieu privé, la présomption disparaîtra le plus souvent, pour faire place à une preuve complète de l'absence de précautions. Cette preuve, enfin, sera toujours nécessaire quand le fait aura été commis dans un lieu clos et privé. Il faudra démontrer alors que le coupable pouvait prévoir qu'il serait surpris, à moins qu'il ne se fût exhibé volontairement.

Il semble bien, avec ce système, qu'on réprime avant tout le caractère de scandale que la loi a voulu incriminer dans l'outrage à la pudeur. Et, d'autre part, en exigeant toujours la présence effective de témoins, on ne force pas la notion de publicité, qui, par elle-même, n'est jamais présumée. La présomption porte, en effet, non plus sur l'élément matériel de l'infraction, mais sur la faute de l'agent, simple aspect de l'élément intentionnel.

(8) Dans cette hypothèse même, il peut y avoir des circonstances qui excluent plus ou moins l'absence de précautions, par exemple l'obscurité; mais il faudrait se montrer particulièrement sévère dans leur appréciation.

CONCLUSION

L'étude de la publicité au double point de vue de sa notion et de sa preuve conduit à quelques considérations sur cet élément constitutif d'infractions dans le droit pénal français. Mais, avant toute appréciation d'ensemble, il n'est pas sans intérêt de faire une brève incursion dans la législation étrangère et, sans prétendre envisager notre sujet sous l'angle du droit comparé, de voir comment il se présente en plusieurs autres pays.

Le Code pénal belge exige l'élément de publicité dans l'incrimination des « atteintes portées à l'honneur ou à la considération des personnes. » Mais il en détermine les modes de réalisation en des termes assez différents de ceux employés par l'article 23 de notre loi du 29 juillet 1881. Il réprime, en effet, les imputations calomnieuses ou diffamatoires lorsqu'elles ont été *faites*,

« soit dans des lieux ou réunions publics ;

« soit en présence de plusieurs individus dans un lieu non public, mais ouvert à un certain nombre de personnes ayant le droit de s'y rassembler ou de le fréquenter ;

« soit dans un lieu quelconque, en présence de la personne offensée et de témoins ;

« soit par des écrits imprimés ou non, des images ou des emblèmes affichés, distribués ou vendus, mis en vente ou exposés aux regards du public. » (Article 444).

L'article 385 du même Code punit de peines correctionnelles « quiconque aura publiquement outragé les mœurs par des actions qui blessent la pudeur. » Depuis la loi du 15 mai 1912 (art. 53), les peines sont aggravées « si l'outrage a été commis en présence d'un enfant âgé de moins de seize ans accomplis. » La jurisprudence admet en cette matière que la publicité est souverainement appréciée par le juge du fond. Elle décide même que celui-ci peut la faire résulter du seul fait que l'outrage accompli dans un lieu privé a été vu par des personnes qui en étaient les témoins volontaires. (1).

Sous la rubrique « délits contre l'honneur », les articles 624 à 640 du Code pénal espagnol, du 8 septembre 1928, répriment la calomnie, l'injure et la diffamation. La calomnie et l'injure sont punies de peines différentes, suivant qu'il y a ou non publication. La diffamation doit toujours être publique ; en outre, elle est considérée comme plus grave lorsqu'on la réalise « au moyen de la presse ou de tout autre moyen de publication ou de diffusion ; elle est plus grave lorsqu'elle est réalisée par parole ou par écrit, mais dans les deux cas avec publicité. » Quant à l'élément de publicité l'article 634 le détermine ainsi :

« La calomnie, l'injure et la diffamation seront réputées faites avec publicité lorsqu'elles seront propagées ou répandues au moyen de papiers imprimés, de lithographies, de dessins ou de quelque autre mode mécanique de repro-

(1) Cass. Belge, 11 février 1895, P. 95. 1. 101.

duction graphique, ou de diffusion par affiches ou libellés placardés dans des lieux publics, par des manuscrits communiqués à plusieurs personnes ou répandus parmi un grand nombre de gens, ou au moyen de discours prononcés ou de cris proférés dans des réunions publiques avec des circonstances facilitant leur propagation. »

La loi espagnole incrimine encore sous la dénomination de « délits de scandale public », des faits constitutifs, d'après la terminologie française, tantôt d'outrage à la pudeur, tantôt d'outrage aux bonnes mœurs. La publicité de ces faits n'en est pas autrement précisée.

Le Code pénal italien de 1931, en ce qui concerne l'outrage à la pudeur, a une conception un peu différente de celle qui semble avoir inspiré le législateur français. Aux termes de son article 527, il punit seulement, comme coupable d'offense à la pudeur publique « quiconque dans un lieu public, ou ouvert, ou exposé au public, se livre à des actes obscènes. » C'est donc moins la publicité de l'acte lui-même qu'on incrimine que celle du lieu où il est commis. Le législateur italien paraît s'être préoccupé surtout d'assurer la décence des lieux publics. Il obéit davantage à un souci d'ordre public — ce qui est conforme à sa tendance générale — qu'à l'idée de protéger les particuliers contre toute atteinte à leur sentiment de pudeur. Nous savons que tel n'est pas l'esprit de notre article 330, qui, sans avoir pour but de réprimer dans l'outrage à la pudeur l'atteinte individuelle à la pudeur de personnes déterminées, entend néanmoins éviter aux particuliers toute occasion de subir un spectacle immoral, en quelque lieu qu'ils fussent. Il est à remarquer d'ailleurs que la loi italienne envisage

une notion particulièrement large de la publicité inhérente au lieu. Elle ne tient pas seulement compte de la nature du lieu, lequel peut être public ou se trouver ouvert au public, mais encore de sa disposition, dans la mesure où il est « exposé au public. » En outre, l'expression « ouvert » au public, loin de faire double emploi avec celle de « lieu public », précise au contraire que la publicité du lieu est une question de fait.

Les imputations diffamatoires sont incriminées en dehors de tout élément de publicité par le Code pénal polonais, du 11 juillet 1932. Quant à « l'offense à la dignité personnelle d'une personne », elle doit avoir été commise publiquement, si elle a lieu en l'absence de celui contre qui elle est dirigée. Mais la loi ne spécifie pas les modes de réalisation de cette publicité. Il en est de même dans l'article 213 aux termes duquel est puni quiconque « commet un acte de débauche publiquement ou en présence d'un mineur de moins de quinze ans. » La disposition finale de ce texte est à noter, car elle comble une lacune dont nous avons signalé l'importance dans notre système répressif.

L'exemple de quelques législations étrangères, puisé dans les textes les plus récents, confirme l'idée que nous exprimions au début de cette étude sur le droit pénal français, savoir qu'il n'existe pas de notion uniforme de publicité. Le trouble social inhérent à la publicité d'un fait est plus ou moins caractérisé suivant les infractions. Tantôt la loi doit exiger une publicité particulière, celle qui lui a paru la plus propre à caractériser le trouble social ; tel est le cas de la diffamation qui ne saurait être atteinte sous la forme de simples confidences. Tantôt il suffit d'une publi-

cité quelconque, comme en matière d'outrage à la pudeur. Il n'est ni possible, ni désirable de ramener la publicité à une notion générale. Elle se détermine forcément en fonction des délits.

Cependant, il n'est pas impossible de formuler quelques principes auxquels la publicité puisse toujours être soumise lorsqu'elle intervient comme élément constitutif de l'infraction. L'idée qui domine la matière est que la publicité s'apprécie en droit ou en fait. Dans le premier cas, toute publicité est répréhensible ; dans le second, le législateur détermine les éléments de publicité conditionnant l'incrimination. De cette idée résultent d'importantes conséquences au point de vue de la notion et de la preuve de la publicité.

La publicité de fait sera laissée à l'appréciation du juge, tandis que la publicité de droit devra répondre à une notion précisée par la loi elle-même. L'élément de publicité se déterminera, en général, par le lieu du délit ou par le moyen de publicité. Mais lorsque la publicité est une notion de droit, seuls les lieux ou les procédés que la loi envisage sont susceptibles de la réaliser. S'agit-il, au contraire, d'une publicité de fait, tout lieu public ou tout moyen de publicité peut être pris en considération.

Le juge du fond doit toujours constater la publicité, élément constitutif de l'infraction. Mais il appréciera souverainement la notion de fait d'après les circonstances qu'il aura relevées comme en étant suffisamment caractéristiques. Les éléments de la publicité de droit seront, par contre, soumis eux-mêmes au contrôle de la Cour de Cassa-

tion, qui vérifiera s'ils répondent bien aux données de la loi.

Quant à la preuve de la publicité, il faut poser, en principe, que la publicité de fait ne se présume pas, à moins de dispositions législatives contraires. En tous cas, les présomptions ne seront que de simples éléments de preuve, dépourvus de toute valeur absolue. La publicité de droit sera le plus souvent présumée par la loi. Mais, sauf dérogations expressément prévues par le législateur, les présomptions de publicité n'auront qu'un caractère relatif, admettant la preuve contraire.

En dehors des principes que nous venons de formuler, on ne doit pas songer à construire une théorie générale de la publicité, élément constitutif de l'infraction, d'après les données présentes de notre législation pénale (2). Tout au plus peut-on prétendre corriger, par la mise en œuvre des règles exposées ci-dessus, les solutions positives données au problème, en ce qu'elles ont d'anormal ou de contradictoire. Mais la notion de publicité semble être une de celles qui échappent à l'abstraction juridique, devant la nécessité de s'adapter aux besoins actuels et sans cesse variables de la répression.

(2) Le nouveau Code pénal actuellement en projet n'apporte à la question aucun élément susceptible d'en modifier les solutions d'une manière appréciable.

BIBLIOGRAPHIE

- BARBIER. — *Code expliqué de la Presse*, 2^e éd. 1911.
- BLANCHE. — *Etudes pratiques sur le Code pénal*, 2^e éd. 1888.
- CARNOT. — *Commentaire sur le Code pénal*.
- CHASSAN. — *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, 2^e éd. 1846.
- CHAUVEAU et FAUSTIN HÉLIE. — *Théorie du droit pénal*, 6^e éd. 1887.
- DE GRATTIER. — *Commentaire des lois sur la presse*, 1839.
- DUTRUC. — *Explication pratique de la loi du 29 juillet 1811 sur la presse*, 2^e éd. 1883.
- FABREGUETTES. — *Traité des délits politiques et des infractions par la parole, l'écriture et la presse*, 1^{re} éd. 1888, 2^e éd. 1891.
- GARRAUD. — *Traité théorique et pratique du droit pénal*, 2^e éd. 1898-1902; 3^e éd. 1913-1924.
- GARÇON. — *Code pénal annoté*, 1901-1911.
- GAYER. — *La diffamation et la loi du 29 juillet 1881*; 1893.
- GOYET. — *Précis de droit pénal spécial*, 2^e éd. 1933.
- GRELLET-DUMAZEAU. — *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, 1847.
- LE POITTEVIN. — *Traité de la presse*, 1902-1904.
- LE POITTEVIN. — *Dictionnaire-formulaire des Parquets et de la police judiciaire*, 6^e éd. 1928.
- MOLINIER et VIDAL. — *Traité théorique et pratique du droit pénal*.
- ORTOLAN. — *Eléments de droit pénal*, 5^e éd. 1886.
- ROSSI. — *Traité de droit pénal*.
- ROUX. — *La loi de 1881 sur les délits de presse*, 1882.
- VANDAMME. — *Note sous Cassation*, 27 octobre et 10 novembre 1932, D. 1933, I. 133.

VU:
Nancy, le 16 Mars 1935.
Le Président de Thèse,
A. HENRY.

VU:
Nancy, le 18 Mars 1935.
Le Doyen de la Faculté de Droit,
F. SENN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER:
Nancy, le 19 Mars 1935.
Le Recteur de l'Académie,
BRUNTZ,
Président du Conseil de l'Université.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	5

PREMIÈRE PARTIE

NOTION DE PUBLICITÉ

CHAPITRE PREMIER. — <i>La publicité de droit d'après les articles 23 et 28 de la loi du 29 juillet 1881</i>	17
Section I. — Moyens de publication.....	20
Section II. — Modes de publication.....	21
§ 1. — Profération et exposition dans les lieux ou réunions publics.....	22
A) Profération et exposition.....	22
B) Lieux et réunions publics.....	24
Lieux publics	26
Réunions publiques	37
C) Cas spéciaux d'exposition dans un lieu public	42
§ 2. — Vente, mise en vente et distribution....	45
A) Vente et mise en vente.....	46
B) Distribution et cas spéciaux de distribution	48

	Pages
CHAPITRE II. — <i>La publicité de fait d'après l'article 330 du Code pénal</i>	55
Section I. — Influence du lieu.....	60
§ 1. — Influence du lieu par sa nature.....	61
§ 2. — Influence du lieu par sa disposition....	69
§ 3. — Cas particulier : voitures et wagons....	75
Section II. — Présence d'un public.....	78
§ 1. — Présence d'un public sous forme de témoins éventuels	79
§ 2. — Présence d'un public sous forme de témoins effectifs	80
A) Absence de précautions suffisantes..	84
B) Témoin involontaire	85
§ 3. — Hypothèse particulière : victime de l'attentat à la pudeur.....	94
CHAPITRE III. — <i>La notion de publicité dans diverses incriminations secondaires</i>	101
Section I. — Infractions commises publiquement..	102
§ 1. — Publicité dans les délits prévus par l'article 259 du Code pénal.....	102
§ 2. — Publicité dans la contravention à la loi du 2 juillet 1850.....	106
§ 3. — Publicité dans les délits prévus par les articles 27 de la loi du 29 juillet 1881 et 419 du Code pénal.....	108
§ 4. — Publicité dans les délits prévus par les articles 36 et 37 de la loi du 29 juillet 1881.	112
Section II. — Infractions commises dans des lieux publics	115

	Pages
§ 1. — Publicité dans la contravention à l'article 475-5 ^o du Code pénal.....	117
§ 2. — Publicité dans la contravention à l'article 1 ^{er} de la loi du 1 ^{er} octobre 1917.....	119
§ 3. — Publicité dans le crime prévu par l'article 383 du Code pénal.....	120
APPENDICE A LA PREMIÈRE PARTIE. — <i>Du contrôle exercé par la Cour de Cassation sur la notion de publicité</i>	129
DEUXIÈME PARTIE	
PREUVE DE LA PUBLICITÉ	
CHAPITRE PREMIER. — <i>Preuve de la publicité effective.</i>	135
CHAPITRE II. — <i>Présomptions de publicité</i>	139
Section I. — Présomptions de publicité dans la publicité de droit.....	140
§ 1. — Le principe des présomptions et sa justification	140
§ 2. — Les applications du principe et leur critique	143
Section II. — Présomptions de publicité dans la publicité de fait.....	150
§ 1. — L'extension du principe des présomptions à la publicité de fait et sa critique....	150
§ 2. — Les applications du principe à la publicité de fait.....	154
CONCLUSION	163
BIBLIOGRAPHIE	169

